

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA



TESIS

**“CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS REFORMAS
CONSTITUCIONALES. REVALORACIÓN DEL CASO MEXICANO A
PARTIR DE LA DOGMÁTICA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL”**

PRESENTA

MIGUEL DE JESÚS NERIA GOVEA

**COMO REQUISITO PARCIAL PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO**

ENERO, 2017



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**



TESIS

**“CONTROL JURISDICCIONAL DE LAS REFORMAS
CONSTITUCIONALES. REVALORACIÓN DEL CASO MEXICANO A
PARTIR DE LA DOGMÁTICA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL”**

PRESENTA

MIGUEL DE JESÚS NERIA GOVEA

**COMO REQUISITO PARCIAL PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO**

DIRECTOR DE TESIS

DR. MICHAEL G. NÚÑEZ TORRES

SAN NICOLÁS DE LOS GARZA, NUEVO LEÓN, MÉXICO,

ENERO, 2017

Índice

Introducción.	Pág. 4
Capítulo I. La reforma de la Constitución en el Estado Constitucional.	10
I.1. Del Estado Legiscentrista al Estado Constitucional.	10
I.2 La división de Poderes como punto de partida del análisis de la reforma constitucional. Retomando las diferencias entre Poder Constituyente y Poderes Constituidos.	27
I.3. Cambios Constitucionales y reforma constitucional.	36
I.4. Aproximación a los límites de la Reforma Constitucional.	57
Capítulo II. Aproximación al control jurisdiccional sobre reformas constitucionales en el Estado Constitucional.	66
II.1. Jurisdicción Constitucional como presupuesto necesario de la Supremacía Constitucional.	66
II.2. La relación entre interpretación Constitucional, Jurisdicción Constitucional y creación judicial del Derecho.	84
II.3 Ubicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema de fuentes.	103
II.4. Retomando la tensión entre el principio democrático y el argumento contra mayoritario en la jurisdicción constitucional. Con especial referencia a la reforma constitucional.	113
Capítulo III. Experiencia sobre control jurisdiccional de las reformas constitucionales en México.	120
III.1. De la no procedencia del control jurisdiccional de reformas constitucionales, al control del procedimiento de Reforma. Caso	120

Camacho Solís.	
III.2. Resurgimiento de la doctrina del poder constituyente permanente en México. Caso: Controversia Constitucional del Municipio de San Pedro de Oaxaca.	129
III. 3. Replanteamiento del Control jurisdiccional de las reformas constitucionales. Caso: La reforma electoral en 2007.	138
Capítulo IV. Control Jurisdiccional de las reformas constitucionales en México, como institución necesaria en el Estado Constitucional Mexicano.	157
IV.1. Aproximación al control jurisdiccional de reformas constitucionales, desde la Teoría del Derecho.	157
IV.2 Análisis sobre los límites a la reforma constitucional en México.	168
IV.3. Revalorando la jurisdicción constitucional en México para el control jurisdiccional de las reformas constitucionales.	181
Conclusiones.	192
Bibliografía.	196
Apéndice.	

Introducción.

James Bryce, buscando una clasificación distinta a la de constituciones escritas y no escritas, desarrolló la clasificación de constituciones rígidas y flexibles; entiende por rígidas aquellas constituciones que para ser modificadas requieren de un procedimiento agravado al de producción legislativa ordinaria y que no es realizada por el legislador común, en tanto que las flexibles, son aquellas que pueden ser modificadas por el mismo proceso por el que se hace una ley¹. Así, analizó diferentes constituciones ubicándolas en alguno de estos dos modelos, sin embargo, cuando habla de la Constitución Italiana, señala “*Italy, whose constitution, though originally set forth in one document, has been so changed by legislation as to seem now properly referable to the Flexible type*”². En México, tenemos una Constitución que se considera rígida al establecer un procedimiento agravado para realizar reformas constitucionales³, pero ha habido un activismo del poder revisor de la Constitución que de 136 artículos, la Constitución se ha reformado 686 veces, lo que pone en duda el grado de rigidez de la Constitución mexicana.

El tema del trabajo no se va centrar sobre el análisis de rigidez del procedimiento, ni las cuestiones desde la ciencia política que podría estudiar las razones por las cuales se lograr evadir la rigidez del procedimiento de reforma, sino que se va enfocar en el control jurisdiccional de la reforma a la Constitución, haciendo referencia específica a la Constitución mexicana. El tema resulta importante en la

¹ “The distinctive mark of these Rigid Constitutions is their superiority to ordinary statutes. They are not the work of the ordinary legislation, and therefore cannot be changed by it... A flexible Constitution, which the legislature can modify or destroy at its pleasure”, Bryce, James, *Studies in History and Jurisprudence*, Volume I, Flexible and Rigid Constitutions, Elibron Classics Series, 2005, P. 218

² Ídem, P. 155

³ Artículo 135 de la Constitución Federal establece que:

La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México.

El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

medida que si analizamos las 686 reformas que han sufrido los 136 artículos de nuestra Constitución, veremos que sólo se han impugnado jurisdiccionalmente 4 procedimientos de reforma constitucional: la reforma que nacionalizó la Banca publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1º de Septiembre de 1982; la reforma publicada el 22 de Agosto de 1996, que cambia la estructura del Gobierno del Distrito Federal; la Reforma publicada el 14 de Agosto de 2001, en materia de pueblos indígenas; La reforma electoral publicada el 13 de noviembre de 2007 en el Diario Oficial de la Federación. De éstas impugnaciones, ninguna logró su objetivo, aún peor, ninguna entró a estudiar la validez formal ni material de la reforma.

Consideramos esta problemática constitucional resulta importante, pues como dice Pedro de Vega, “de poco serviría la proclamación política del principio de supremacía y el reconocimiento jurídico del concepto de rigidez, sin el establecimiento de los mecanismo sancionadores adecuados capaces de impedir su transgresión”⁴. Y es precisamente en esta situación que se encuentra la Constitución mexicana, no tiene límites expresos o cláusulas pétreas que constriñan el alcance del Poder Revisor; tampoco existe un mecanismo jurisdiccional *ex professo* para controlar el poder de Reforma Constitucional.

Para nuestro análisis partimos de concebir a la Constitución “como complejo institucional que contiene las relaciones entre distintas instituciones jurídico políticas e indica el camino de la vida política, la vida económica y la vida social... en ella se condensan los principios anteriores (liberal y democrático)”⁵. Lo expuesto refleja que en la teoría constitucional actual, el concepto de Constitución obtiene su relevancia por su contenido, lo que lo caracteriza, es decir la expresión del principio liberal (la división de poderes y derechos fundamentales), del principio democrático (soberanía popular) y de la supremacía constitucional. Y aún más,

⁴ De Vega, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Editorial Tecnos, Madrid 1999, Pág.41.

⁵ Núñez Torres, Michael, *La capacidad Legislativa del Gobierno desde el concepto de institución, el paradigma entre Venezuela y España*, Editorial Porrúa, México 2006, pág. 109.

Peter Häberle concibe un fundamento material que debe estructurar el contenido de toda constitución, cuando señala que “el Estado constitucional de cuño común europeo y atlántico se caracteriza por la dignidad humana como premisa antropológico-cultural por la soberanía popular y la división de poderes, por los derechos fundamentales y la tolerancia, por la pluralidad de los partidos y la independencia de los tribunales”⁶.

Ante estas exigencias de la dogmática constitucional actual, habremos de analizar el proceso de reforma a la Constitución mexicana, en contraste con la teoría de división de poderes, realizar un estudio analizando las diferencias entre poder constituyente y constituido; determinar si es como dice la teoría mexicana, un poder constituyente permanente, o como dice la teoría constitucional, un poder derivado, un poder revisor nada más y por tanto, al recaer la soberanía únicamente en el pueblo, es éste último, que cuenta exclusivamente con la autodeterminación plena para modificar los valores y cláusulas institucionales que soportan la identidad del Estado Constitucional mexicano.

En consecuencia si efectivamente el poder revisor lo forman poderes constituidos, tendremos que realizar una interpretación de la Constitución mexicana⁷ para analizar: la responsabilidad implícita constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional y garante de la Constitución, para resolver las impugnaciones al procedimiento; asimismo, si tiene la facultad para determinar los límites materiales del poder revisor, mantener el orden constitucional establecido por la soberanía del pueblo; y bajo qué medio jurisdiccional y efectos podrá desarrollar esta tarea, pues de lo contrario, los derechos fundamentales, el principio democrático, la división de poderes, está en realidad a la voluntad de poderes constituidos (legislativos).

⁶ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, México 2003, Pág. 3

⁷ Que como señala Jorge Rodríguez, “los problemas de interpretación de las normas constitucionales son los más difíciles de resolver y, simultáneamente, los que resultan de la mayor importancia a resolver” Perot M. Pablo y Rodríguez L. Jorge, *Estudios sobre la Interpretación dinámica de los sistemas constitucionales*, “Dinámica e Interpretación de los Sistemas Constitucionales”, editorial Fontamara, México 2005, Pág. 19.

Para analizar estos temas, el trabajo se estructuró en cuatro capítulos. El primer capítulo aborda el tema de la reforma constitucional desde el paradigma del constitucionalismo actual. Para ello, analizamos en qué consiste el Estado Constitucional y sus diferencias con el Estado Legislativo. Luego, revisamos el principio de división de poderes haciendo énfasis en la diferencia entre poder constituyente y poderes constituidos con particular referencia a la ubicación del poder de reforma en este esquema. Después analizamos la diferencia entre cambios constitucionales y reforma, debido a que no toda transformación constitucional no deriva exclusivamente del proceso de reforma constitucional. La mayoría de las transformaciones constitucionales se dan a partir de interpretación de la propia constitución, y para cerrar este capítulo, hacemos una aproximación a los límites de la Reforma Constitucional.

En el segundo capítulo empezamos el análisis de la jurisdicción constitucional y su importancia para el principio de supremacía constitucional; también hacemos un análisis de los diferentes tipos de control jurisdiccional constitucional en México, en especial, el juicio de amparo, las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad. Luego abordamos el tema de interpretación Constitucional, con especial enfoque de la interpretación como creación del Derecho. Luego ubicamos la jurisprudencia constitucional en el sistema de fuentes, todo esto para resaltar la importancia de la jurisdicción constitucional en el Estado Constitucional, para concluir con un análisis sobre el principio democrático y el argumento contramayoritario que se reclama a la Jurisdicción Constitucional cuando invalida normas elaboradas por órganos legislativos, haciendo especial referencia al argumento contramayoritario y el control jurisdiccional de reformas constitucionales.

El tercer capítulo revisamos los diferentes precedentes en los que la Suprema Corte de justicia de la Nación ha analizado el tema de control jurisdiccional de reformas constitucionales. Estudiaremos como Inicialmente

determinó vía amparo la posibilidad de estudiar la constitucionalidad de las reformas constitucionales⁸; posteriormente con una diferente interpretación, resolvió en un proceso de controversia constitucional⁹, que las reformas constitucionales no son susceptibles de control jurisdiccional alguno; recientemente en acción de inconstitucional¹⁰, la Suprema Corte cambió nuevamente de criterio, determinando que existe la posibilidad de ejercer su facultad de revisión exclusivamente a un aspecto formal de la reforma; asimismo, en un amparo en revisión¹¹ resolvió que no es notoriamente improcedente un amparo en el que se señale como acto reclamado un proceso de reforma constitucional. Para concluir que ni la acción de inconstitucionalidad ni el amparo, proceden en contra de reformas constitucionales. Analizaremos los argumentos sostenidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cada caso para posteriormente evaluarlos conforme la dogmática constitucional actual y diferentes corrientes de teoría del Derecho.

En el cuarto capítulo, retomamos el tema del control jurisdiccional de las reformas constitucionales pero ahora no de la dogmática constitucional, sino desde la teoría del Derecho, y desde diferentes posiciones particularmente no positivistas justificaremos la necesidad de límites a las facultades del poder revisor y connatural a ello, la necesidad de la jurisdicción constitucional sobre las reformas. Después de ello, ante la falta de límites expresos al poder de reforma en la Constitución Federal, analizaremos cuales podrían ser los límites implícitos. Una vez justificada la existencia de límites implícitos al poder de reforma constitucional en México, revaloraremos los mecanismos jurisdiccionales de control constitucional, para justificar que contrario a lo que sostiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no hay impedimentos procesales para que el juicio de

⁸ Amparo en revisión 1334/98, resuelto por el Pleno de la SCJN, en fecha 9 de septiembre de 1999

⁹ Controversia constitucional 82/2001, resuelto por el Pleno de la SCJN, en fecha 6 de septiembre de 2002

¹⁰ Acción de Inconstitucionalidad 168/2007 y su acumulada 169/2007, resuelta por el Pleno de la SCJN, en la sesión de 26 de junio de 2008.

¹¹ Amparo en revisión 168/2008, resuelta por el Pleno de la SCJN, en la sesión del 29 de septiembre de 2008.

amparo, las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, sí sean mecanismos para impugnar una reforma constitucional.

Así, la importancia del presente tema es trascendental, pues como sostiene Pedro de Vega, “sin que constituya ninguna exageración se puede sostener que es en las normas de reforma donde el sistema constitucional se pone a prueba consigo mismo, y donde se valora el contenido y el alcance del propio concepto de constitución”¹².

¹² De Vega, Pedro, *Op. Cit.*, Nota 4, Pag. 81

I. La reforma a la constitución en el Estado Constitucional.

I.1. Del Estado Legiscentrista al Estado Constitucional.

Cualquier reforma constitucional que pueda alterar de manera negativa la composición axiológica del sistema, y con ello perjudicar el orden de valores en detrimento del funcionamiento y las razones que legitiman a los poderes públicos, debe por algún medio ser sometida a revisión. Por eso, el control jurisdiccional de las reformas constitucionales solo tiene sentido en un Estado en el que su Constitución sea el centro de la carga axiológica del sistema jurídico, y que a su vez, sea considerada como una verdadera norma jurídica aplicable de manera directa; si la Constitución es un documento político, compuesto por normas programáticas, delegando a los legisladores el desarrollo de su contenido a través de la Ley, la atención se enfoca más a la función del legislador y la alteración de las normas legislativas que al orden constitucional.

Así en la primera parte del capítulo se tiene como objetivo hacer un análisis de la evolución del Estado Legislativo al Estado Constitucional, explicar por un lado los fenómenos que caracterizan a cada uno y por otro, centrar el control de reformas constitucionales como parte integral del Estado Constitucional. Lo primero que hay que tomar en cuenta es que lo referido como Estado Legislativo y Estado Constitucional, son dos etapas del constitucionalismo, y que tienen su origen a partir de las revoluciones¹³. Tomamos este tipo de constitucionalismo porque solo se justifica para nuestro tema, estudiar desde el momento en que surgen constituciones escritas.

¹³ Como señala Maurizio Fioravanti “en conjunto, las revoluciones representan en todo caso un momento de cambio en la historia del constitucionalismo al producirse por medio de ellas constituciones escritas, fruto de poderes constituyente explícitos, e implantar poderes dotados de soberanía”, en Fioravanti Maurizio, *Constitucionalismo, Experiencias históricas y tendencias actuales*, Trotta, Madrid, 2014, P. 18

El primer modelo de Estado que tomamos, el llamado Estado de Derecho Legislativo, se empieza a configurar con la salida del medievo al estado moderno¹⁴, se distingue de la etapa histórica anterior por monopolizar la producción normativa, y se caracteriza en parte porque se da prevalencia a la ley dentro de las fuentes de Derecho de aquel tiempo. Podemos analizar el inicio de estos fenómenos de acuerdo a lo que señala Paolo Grossi, “la historia de la monarquía francesa entre los siglos XIII y XVIII es la historia del fortalecimiento del poder del Príncipe, de su percepción cada vez más precisa de la importancia del derecho en el proyecto estatal, de la exigencia cada vez más sentida de manifestarse como legislador...ahora se toma la producción de normas autoritarias como emblema y nervio de la realeza y de la soberanía”¹⁵. De esta época preliberal, comienzan las condiciones necesarias para llegar al constitucionalismo, sin que pueda considerarse que estamos en un momento constitucional¹⁶, pues no existe esa idea esencial: la constitución como origen y límite del Poder.

La idea del límite al poder es esencial para el constitucionalismo, como señala Charles McIlwain, “*constitutionalism has one essential quality: it is a legal limitation on government; it is the antithesis of arbitrary rule; it is opposite is despotic government, the government of will instead of law. In modern times the growth of political responsibility has been added...but the most ancient, the most persistent,*

¹⁴ Carlos del Cabo explica las razones por las que la Ley toma centralidad en el Derecho en este momento histórico, al señalar que “prácticamente, porque desde que se concibe al Estado como un «mecanismo artificial» construido para garantizar la existencia social del hombre, la ley aparece como la garantía de ese funcionamiento «mecánico», es decir, organizativo, ya que la ley realiza la necesaria reducción al orden, a la unidad, de un parte, mediante la eliminación de los poderes intermedios que actuaban como centros de producción del derecho y, de otra, mediante la eliminación de la desigualdad jurídica al abolir los privilegios”, en De Cabo Martín, Carlos, *Sobre el Concepto de Ley*, Trotta, Madrid, 2000, P. 17

¹⁵ Grossi, Paolo, *Mitología Jurídica de la Modernidad*, Trotta, Madrid, 2003, P. 31

¹⁶ Véase en Dieter Grimm, “fue el Estado principesco, nacido paulatinamente de las guerras civiles confesionales de los siglos XVI y XVII, el que creó una de las condiciones esenciales de la constitución moderna, aunque tal Estado no podía desarrollar un especial interés en la constitucionalización de su poder”, en Grimm Dieter, *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006, P. 51

*and the most lasting of the essential of true constitutionalism still remains what it has been almost from the beginning, the limitation of government by law*¹⁷.

Si bien, se estaban configurando las condiciones del constitucionalismo, es hasta la época liberal que podemos señalar que se configura el Estado de Legislativo, en el que Ley ocupa una posición central debido a que con el estandarte de voluntad general, tomó el efecto de proteger dos principios básicos: libertad e igualdad¹⁸. En la declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano de 1789, aún con rasgos iusnaturalistas, la ley toma central importancia para estos principios de libertad e igualdad; en el artículo 6º garantiza la igualdad, declara que “La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de participar personalmente o por medio de sus representantes en su formación. Debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos, al ser iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos”. En tanto que en los artículos 4º y 5º, la libertad se ve garantizada a través de la ley, particularmente en el artículo 5º que establece que “La ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad, todo lo que no es prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ésta no ordena”.

Así, en la época del Estado Liberal Burgués, vemos los inicios del límite del poder político y la entrada del Estado Legislativo¹⁹. Mauro Barberis, explica que por

¹⁷ Mcllwain, Charles Howard, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Indianapolis, Liberty Found Inc., Revised edition, 1947, P. 21

¹⁸ Michael Núñez explica la configuración del Estado en la época Liberal señalando que “Con la Revolución Francesa y la independencia de los Estados Unidos entramos en la Edad Contemporánea. El Estado Absolutista de los privilegios aristocráticos se va a transformar en el Estado Liberal Burgués de la igualdad formal. Del Gobierno del Rey por mandato divino se llega al Gobierno de leyes por imperativo democrático, en razón de que éstas van a ser el resultado de la “soberanía popular” expresada a través de sus representantes electos popularmente”, en Núñez Torres, Michael, Op. Cit., Nota 5, PP. 20-21.

¹⁹ Podemos señalar que el nacimiento del Estado Liberal Burgués se había expresado a través de la consolidación del principio de legalidad, lo que a su vez condujo a la consideración de la omnipotencia del legislador, sobre este punto véase, Atienza, Manuel, Ferrajoli, L., *Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*, México, UNAM, 2005, Pág. 90

Estado Legislativo se entiende aquel en “el que la garantía contra el ejercicio arbitrario de los poderes públicos es proporcionada no ya, genéricamente por el derecho, sino específicamente por la ley. Por Ley, a su vez, se entiende la legislación producida por el Parlamento como expresión de la soberanía popular”²⁰. Con ese ingrediente de soberanía popular, la Ley toma la centralidad del derecho, palideciendo esta última. Sin embargo, es en ésta época, que inicia lo que Paolo Grossi señala como el drama del mundo moderno, “la absorción de todo el derecho por la ley, en su identificación con la ley, aunque sea mala, inocua”²¹ y con ello, un sustento teórico de la supremacía de la ley a partir de una presunción de legitimidad y la separación conceptual entre derecho y moral: el positivismo jurídico²².

En la época preliberal, el absolutismo se fue consolidando y con ello las razones de obediencia a la ley derivaban de la procedencia de la voluntad del sujeto soberano; en el Estado Liberal la voluntad del pueblo expresado en la Ley, era lo que se sostenía como razón para su obediencia y con ello el sometimiento de todos a la Ley. Ahora en el Estado Liberal apoyado en el principio de legalidad, implicó ya la idea del constitucionalismo, el Derecho como límite del poder, pero en este caso, no era la Constitución el que limitaba al poder, sino la Ley a través de la soberanía nacional expresada en la voluntad popular y ese principio de legalidad²³.

²⁰ Barberis, Mauro, *Ética para juristas*, Trotta, Madrid, 2008, P. 151

²¹ Grossi, Paolo, *Mitología Jurídica de la Modernidad*, Trotta, Madrid, 2003, P. 36

²² Como explica Maurizio Fioravanti sobre ésta época del Estado Liberal Burgués, “En definitiva, existe una auténtica presunción absoluta de legitimidad en favor de la ley que proviene de su mera existencia. Este es el hilo conductor del positivismo jurídico en las distintas formas de la voluntad general de la revolución y después, de la soberanía de la nación o del propio Estado”, en Fioravanti Maurizio, *Constitucionalismo, Experiencias históricas y tendencias actuales*, Trotta, Madrid, 2014, P. 95

²³ Gustavo Zagrebelsky explica el principio de legalidad en el sentido que “en general, expresa la idea de la ley como acto normativo supremo irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento: ni el poder de excepción del rey y de su administración en nombre de una superior <<razón de Estado>>, ni la inaplicación por parte de los jueces o la resistencia de los particulares, en nombre de un derecho más alto (el derecho natural o el derecho tradicional) o de derechos especiales (los privilegiados locales o sociales)” en Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho Dúctil*, Séptima Edición, Madrid, 2007, P. 24

Sin embargo, en la misma época pero en otras latitudes, la constitución sí se consolidaba como norma jurídica y adquiere la supremacía que Europa no verá hasta el siglo XX. En Estados Unidos con su Constitución de 1787, se presenta otro modelo de Constitución a diferencia del modelo del Estado Liberal Burgués, una constitución con verdadera supremacía normativa para ser el límite de los poderes públicos, y cuyo garante de dicha supremacía es la Suprema Corte de Estado Unidos²⁴.

Lo que resalta de la Constitución de Estados Unidos como norma, es precisamente esa nota característica de supremacía, y lo que implica, que es someter a los otros poderes, y en especial al poder legislativo, incluso hasta ejercer sobre sus actos control constitucional. Así como señal el Profesor García de Enterría, “la técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo superior, inmune a las Leyes ordinarias y más bien determinante de la validez de éstas, valor superior judicialmente tutelado, es la más importante creación con el sistema federal del constitucionalismo norteamericano y su gran innovación frente a la tradición inglesa de que surgió”²⁵.

Habremos de entender que en el constitucionalismo norteamericano, desde la Declaración de Independencia de 1776, se refleja la idea de límite del poder y legitimidad del mismo a través de la voluntad del pueblo que lo constituye. Tomemos como ejemplo la Declaración de Independencia del 04 de julio de 1776, en el que señalan “*We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty, and the pursuit of Happiness.- That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed.- That whenever any Form of Government becomes*

²⁴ En ese sentido Bernard Schwartz señala, “to an American interested in constitutional history, the great theme in the country’s development is the idea of law as a check upon governmental power. The institution that best embodies this idea is the United States Supreme Court”, Schwartz Bernard, *A history of the Supreme Court*, Oxford, New York, 1993, P. 3

²⁵ García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, 4ª edición, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, P. 57

destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness". Se refleja la idea que gobierno (tanto su estructura como funciones) deriva de la voluntad del pueblo para la protección de sus derechos naturales, idea que también podemos identificar en el preámbulo de su Constitución, "*We the people of the United States, in order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defense, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves, and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America*". En estos dos documentos se reflejan de manera muy clara que la constitución no es un acto de poder autolimitándose o un pacto entre el Soberano y el Pueblo, sino como señala Thomas Paine, la constitución es un acto del pueblo dándose su gobierno²⁶.

De tal suerte, en estos dos orígenes de constitucionalismos tenemos dos modelos, el Estado Legislativo y el Estado Constitucional, que nacen contemporáneos pero con diferentes vocaciones; en el primero de ellos, la primacía de la Ley a través de la soberanía parlamentaria se sobrepone a la supremacía de la Constitución, en tanto que el segundo, la Supremacía de la Constitución es límite formal y material de la Ley. Una crítica importante al modelo de Estado Legislativo y que nos sirve para comprender la radical distinción entre un modelo y otro, es el que Dicey hace del constitucionalismo francés, cuando denuncia la debilidad de la rigidez constitucional ante la Ley, "*Frenchmen have always been blind to the fact that a constitution may be undermined by the passing of laws, which, without nominally changing its provisions, violate its principles. They have therefore failed to provide*

²⁶ En ese sentido Thomas Paine señaló "A constitution is not the act of a government, but of a people constituting a government; and government without a constitution, is power without a right", Paine, Thomas, *Right of Man, Common Sense And Other Political Writings*, Oxford, Reissued 2008, New York, P. 238

any adequate means, such as those adopted by the founders of the United States, for rendering unconstitutional legislation inoperative"²⁷.

Al igual que la operatividad del Sistema constitucional en cada modelo es diferente, su soporte teórico también es radicalmente opuesto. Para ello, debemos sostener que el ejercicio del poder político está muy relacionado con la teoría del Derecho, pues se justifica o racionaliza a través del ordenamiento jurídico, y se legitima por respetar las formas y límites establecidos por el Derecho. Si señalamos que el poder político se ejerce por el Estado o por sus órganos, debemos tomar en cuenta según la tesis de Kelsen "el Estado es un objeto de la ciencia del derecho porque no es un objeto natural, sino que es el derecho mismo; se confunde con el ordenamiento jurídico"²⁸. El Estado es una construcción intelectual por el Derecho, no existe una realidad empírica que corresponda al concepto de Estado, por ello, los conceptos son constitutivos y en ese sentido una Teoría del Estado, es una teoría que lo constituye ²⁹.

Por tanto, no podríamos comprender el poder político sin una teoría jurídica, la teoría General del Estado, que identifica los principios por los que se constituye, y por lo que se debe ejercer el poder político, como señala el profesor Troper, "el poder que está siendo ejercido a través de la defensa de una jerarquía normativa y de la existencia de un soberano puede ser identificado así como el Estado" ³⁰, así, el Derecho regula y legitima el ejercicio del poder político.

La idea de Estado viene estructurada con la idea de soberanía que se forma en el siglo XVI con Bodino, que no fue una descripción de una realidad, sino fue la

²⁷ Dicey, Albert Venn, *Introduction to the Study of The Law of the Constitution*, Reprint, 8th edition, Liberty Fund, Inc., Indiana, 1992, P. 324

²⁸ Troper Michael, *Reflexiones en torno a la teoría kelseniana del Estado. Por una teoría jurídica del Estado*. Madrid: Dykinson, 2001, P. 121

²⁹ Troper Michael, *Por una teoría jurídica del Estado*, Prefacio, Madrid: Dykinson, 2001, P. XXVIII.

³⁰ Troper Michael, *La estructura del sistema jurídico y el nacimiento del Estado*, *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad* 4, 2013, P. 28

estructuración de una teoría específica para el ejercicio del poder político³¹. La soberanía serviría para justificar la centralización y ejercicio del poder político, por ello se toma al concepto de soberanía como elemento constitutivo del Estado, pero como resultado de la estructuración de la jerarquía normativa.

Así, la teoría jurídica sirve para analizar y describir el ejercicio del poder político, pues no podríamos comprender el poder político desde una perspectiva exclusivamente sociológica. El Estado es un concepto jurídico, y sus elementos también son constituidos a partir de teorías jurídicas, por lo que conocer dichas teorías y conocer las normas jurídicas nos servirán para analizar la estructura y función del poder político a través de un orden normativo específico, para describir la distribución ejercicio del poder político en un Estado determinado.

Es a través de la Teoría General del Estado de Jellinek que se fue instaurando un positivismo jurídico, y comprender como esa soberanía del Pueblo en el que se justificaba el Estado Legislativo, por ser la ley expresión del pueblo y garante de la libertad e igualdad de todos, va pasando a la soberanía del Estado. Como explica el Profesor Pedro de Vega, a través de tres postulados fundamentales, que consistían en “primer lugar, en el de la positividad del derecho que se traducía en el no reconocimiento de otro tipo de normas ajenas a las del derecho positivo. En segundo término, en la asignación al Estado del monopolio de la legislación, lo que equivalía a convertirlo en la única instancia capaz de declarar lo que es derecho y lo que no lo es, de donde surgiría la noción de potestad estatal, y por último, en la consagración del dogma de la personalidad jurídica del Estado, en cuya virtud, por ser persona jurídica, el Estado no solo es pensable como sujeto de derechos y obligaciones capaz de entrar en relaciones jurídicas con los ciudadanos, sino que, además, será a él al que habría que otorgarle aquella

³¹ “Sovereignty is the absolute and perpetual power of a commonwealth...we must now formulate a definition of sovereignty because no jurist or political philosopher has define it, even though it is the chief point, and the one that needs most to be explained, in a tretise on the commonwealth”, en Jean Bodin, *On Sovereignty*, Chapter I, Book 8, Edited by, Frnaklin, Julian H, Cambridge Texts in the History of Political Thought, 2012, P, 1.

suprema capacidad de dominio que Bodino consagrara con el nombre de soberanía”³².

Fortalecido el Estado legislativo, y arraigado el paradigma positivista, el principio de legalidad vació a las normas de validez material, dejándolas dependientes de la autoridad del órgano que las produjo sin importar su contenido³³. Este fue uno de los grandes efectos del positivismo jurídico, la validez del derecho reducido a una validez formal independiente de su contenido y de su justicia material³⁴. En ese sentido, Kelsen en su Teoría Pura del Derecho lo dejaba muy claro: “*Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y sólo por ello, pertenece la norma al orden jurídico, cuyas normas han sido producidas conforme esa norma fundante básica. De ahí que cualquier contenido que sea, puede ser derecho. No hay comportamiento humano que, en cuanto tal, por lo que es como contenido, esté excluido de ser el contenido de una norma jurídica*”³⁵.

Este fue el escenario que perduró en mayor medida durante el siglo XIX, y no fue hasta la segunda mitad del siglo XX, a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial que se revaloró el paradigma jurídico dominante debido a las atrocidades

³² De Vega, Pedro, Apuntes para una Historia de las Doctrinas Constitucionales del Siglo XX, en Carbonell, Miguel, Teoría de la Constitución. Ensayos Recogidos, 4ª edición, Porrúa-UNAM, México, 2008, P. 11

³³ Sobre este punto, Luigi Ferrajoli señala “with the principle of legality the very notion of “validity” of the norms changes and is dissociated from those of “justice” and “truth”. Therefore, the criterion for identifying existing law changes, too: a norm exists and is valid not because it is intrinsically just, let alone “true”, but because it has been enacted by a body authorized by law”, in Ferrajoli, Luigi, “The past and future of the Rule of Law”, in Pietro Costa, Zolo, Danilo, *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, Springer, 2007, P. 326

³⁴ Sobre este punto Kelsen refiere “a legal norm is valid because it has come into being in the way prescribed by another norm. This is the principle of validity peculiar to positive law.”, en Kelsen, Hans, *The pure theory of law and analytical jurisprudence*, Harvard Law Review, Vol. 55, 1941, PP. 62-63

³⁵ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, traducción Roberto J. Vernengo, 15ª Edición, Porrúa, México, 2007, P. 205

sucedidas. La composición teórica y funcionamiento del Estado Legislativo se comprobó insuficiente para garantizar contra actos arbitrarios e inhumanos de un poder mayoritario sin límites materiales, ahora el derecho debería de tener otra función, una no sólo que justificaba derechos de igualdad y libertad formales, sino derechos a partir de la dignidad humana³⁶. En este periodo se reconfiguran los valores que debe proteger el Derecho y se fija en la Constitución carga axiológica y límites materiales a través de los derechos³⁷. Así el principio democrático cede ante ciertos candados materiales como son los derechos humanos basados en la dignidad humana³⁸.

A través de estos sucesos históricos, se da un proceso de cambio en la teoría Constitucional y en los sistemas constitucionales. Ricardo Guastini, expone este cambio como proceso de “constitucionalización del ordenamiento jurídico”, en el que todo el ordenamiento queda impregnado por las normas constitucionales. Con esto, se ve la transformación del Estado Legislativo, por el Estado Constitucional.

³⁶ En este sentido, Mahlmann señala que: The norm, however, that most characterizes the Basic Law in the public perception and in scholarly reflection is the guarantee for human dignity. This particular role is, to a large degree, a consequence of the German past. Nazism still legitimizes the guarantee of human dignity today by the abominable, vivid barbarism of its negation. The guarantee of human dignity formulates, however, not only the desire to refrain from fathoming yet another time a moral abyss, but a promise as well: the perspective to create a legal order that embodies principles of human dignity not only through the absence of misdeeds, but also through legally institutionalized structures of a republican culture of respect”, Mahlmann, Matthias, Human dignity and the culture of republicanism, in German Law Journal, Vol. 11, No. 01, 2010, P. 10.

³⁷ Luigi Ferrajoli, ha señalado que el modelo de Estado de Derecho es en sentido lato (débil o formal), es decir, como cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos. En cambio, opina que en el Estado de Derecho en sentido estricto (fuerte o sustancial), sólo caben aquellos ordenamientos en que los poderes públicos están sujetos tanto a la ley como a la Constitución, y no sólo en cuanto a su forma sino a su contenido. Así vemos como sostiene que los dos significados Estado en sentido estricto y en sentido amplio corresponden a modelos teóricos diferentes. Por un lado el paleo-iuspositivismo del Estado Legislativo del Derecho y por otro el Neo-iuspositivista del Estado Constitucional de Derecho, lo anterior en Ferrajoli, Luigi, “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2005, p. 14.

³⁸ Así Lorraine Weinrib señala que “The postwar constitutional paradigm is the juridical consequence of the defeat of Nazism. The atrocities of the Second World War solidified the view that the basic structure of liberal democracy must stand on a new principle. Henceforth, liberal democratic ordering would not merely define and stabilize the exercise of state power through majoritarian machinery but would give legal priority to equal citizenship and respect for inherent human dignity”, en Weinrib Lorraine, “The postwar Paradigm and American Exceptionalism”, en Choudhry, Sujit, *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, New York, 2006, P. 89

Guastini señala siete factores para entender este proceso de constitucionalización: a) una Constitución rígida; b) garantía jurisdiccional de la Constitución; c) fuerza vinculante de la Constitución; d) sobre interpretación de la Constitución; e) aplicación directa de las normas constitucionales; f) interpretación conforme de las leyes, y; g) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas³⁹.

Por otro lado, de manera muy clara y exhaustiva, el Profesor Josep Aguiló Regla, a diferencia de lo que presenta Ricardo Guastini como un cambio cuantitativo (de grado) del paradigma jurídico, expone que los cambios en los sistemas jurídicos ocurridos en la posguerra, debiera entenderse como un cambio cualitativo que exige una revisión de los esquemas teóricos, y que para entender los efectos de un sistema que transita del positivismo al post-positivismo, distingue el cambio: 1) del modelo de las reglas al modelo de los principios y las reglas; 2) del modelo de las relaciones lógicas entre normas al modelo de las relaciones lógicas y las relaciones de justificación; 3) de la correlatividad entre derechos y deberes a la prioridad justificativa de los derechos; 4) del modelo de la subsunción al modelo de la subsunción y de la ponderación; 5) Del modelo de la oposición fuerte entre crear y aplicar normas al modelo de la continuidad práctica de las diferentes operaciones normativas; 6) de los juicios formales de validez de las normas a la distinción entre validez formal y validez material de las normas; 7) de la distinción casos regulados/casos no regulados a la distinción casos fáciles/casos difíciles; 8) de la separación tajante entre el lenguaje del Derecho y el lenguaje sobre el Derecho a un discurso reconstructivo del Derecho mismo; 9) de la distinción tajante entre estática y dinámica jurídicas a la concepción del Derecho como práctica; 10) de enseñar Derecho es transmitir normas (contenidos) a enseñar Derecho es desarrollar ciertas habilidades⁴⁰.

³⁹ Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2003, Pp. 153 y ss

⁴⁰ Aguiló Regla, Josep, *Sobre Derecho y Argumentación*, Lleonard Muntaner, Mallorca, 2008, Pp. 15 y ss.

También Luis M. Cruz indica que a pesar de la corrección formal del proceso de constitucionalización sostenido por Ricardo Guastini, resulta insuficiente al no dar cuenta de los fenómenos específicos que implican ese proceso, tales como “la limitación de los contenidos posibles por el Derecho ordinario, la determinación material de lo exigido constitucionalmente, la apertura semántica y estructural de las disposiciones iusfundamentales, o la apertura del sistema jurídico a la moral”⁴¹.

Como vemos, el cambio de Estado Legislativo a Estado Constitucional llegó con una transformación sustantiva. Uno de los casos paradigmáticos en el que se refleja este cambio y que establece la constitución como un orden de valores objetivos, es la sentencia de Lüth, del Tribunal Constitucional Alemán (Sentencia BVerfGE 7, 198), que razona lo siguiente: “...*la Ley fundamental no pretende ser un ordenamiento de valores neutral, sino que ha establecido –en su capítulo sobre derechos fundamentales- un orden de valores objetivo a través del cual se pone de manifiesto la decisión fundamental de fortalecer el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales. La dignidad del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad (la cual se desenvuelve en el interior de una comunidad social) forman el núcleo de este sistema de valores, el cual constituye, a su vez, una decisión jurídico-constitucional fundamental, válida para todas las esferas del derecho; así este sistema de valores aporta directivas e impulsos al Poder Legislativo, a la Administración y a la Judicatura*”⁴².

De tal manera, ya hablamos de la Constitución como un orden de valores, y por ello de los primeros efectos que implica este cambio en el paradigma jurídico es retomar desde una perspectiva diferente aquella perenne discusión sobre la relación entre derecho y moral. Para los positivistas la relación entre derecho y moral es contingente porque no existe una dependencia o correlación sustantiva entre una y otra. Esto implicaba una reducción del Derecho a voluntad, aquello que el órgano político/jurídico determinara como norma (poder

⁴¹ Cruz, Luis M., *Estudios sobre el Neoconstitucionalismo*, BPDPC-Porrúa, México, 2006, P. 4

⁴² Véase en Schwabe, Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes*, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009, P.204

constituyente/legislador), seguido de un proceso de reforma constitucional o legislativo, a pesar de su contenido, era considerado como Derecho. Como ejemplo podemos señalar que la vida era susceptible de ser tomada por el Estado, a través de la pena de muerte; o la imposibilidad de que los jueces desaplicaran una norma aunque fuera violatoria de derechos humanos, situaciones que actualmente no serían aceptables en nuestro sistema jurídico.

En tanto que para los no-positivistas, existe una relación necesaria entre Derecho y Moral, ya que hay una pretensión de corrección del Derecho establecido por los Derechos humanos como elementos de la moral; y es esa pretensión precisamente la que establece la conexión directa entre derecho y moral⁴³. Dicho de otra manera, el derecho ya no es voluntad política o mayoritaria expresada en el Congreso o cualquier otro poder político, sino que tiene límites que deben ser respetados para ser considerado Derecho, como es bien sabido por la fórmula de Radbruch, el derecho extremadamente injusto, no es derecho.

En el caso mexicano, tenemos que tener presente que la Constitución vigente de México es de 1917, una época que la ideología positivista se encontraba arraigada. En el artículo 1º Constitucional se podía reflejar un poco la idea positivista, al señalar que “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”⁴⁴. De tal manera que no había derechos humanos, sino garantías otorgadas por la Constitución. Cabe resaltar que el artículo 1º de la Constitución de 1857, hacía referencia a una ideología más iusnaturalista racional⁴⁵, sin embargo, no se observaba como tal. Sin embargo, de manera reciente se dieron pasos

⁴³ Véase Alexy, Robert, *Law, Morality, and the existence of Humane Rights*, Ratio Juris, Vol. 25 No 1, March, 2012.

⁴⁴ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el Lunes 05 de Febrero de 1917.

⁴⁵ El artículo 1º de la Constitución de 1857 señalaba: “El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara: que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución”. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de Febrero de 1857.

agigantados en la evolución dentro del proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico tanto en su grado cuantitativo como cualitativo. De las transformaciones que ha vivido el sistema constitucional mexicano, la reforma en materia de Derechos Humanos constituye una de las más importantes porque a partir de esta reforma, se marca el abandono de un positivismo anquilosado, y se destaca la apertura a un paradigma jurídico que convierte a los Derechos Humanos en un eje central para la producción normativa, elaboración de políticas públicas, argumentación en resoluciones jurisdiccionales y en general, como fundamento para legitimar instituciones.

Pero para entender el proceso de constitucionalización en México, necesitamos empezar por atender aspectos centrales de la exposición de motivos de la reforma constitucional de 1994⁴⁶, que transforma de manera formal y material a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, específicamente los argumentos que interesan para el propósito del trabajo, son los siguientes:

- “La Constitución deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en los Juzgados de Distrito; y les encomienda la custodia del orden constitucional y legal.”
- “La fortaleza, autonomía y capacidad de interpretación de la Suprema Corte de Justicia son esenciales para el adecuado funcionamiento del régimen democrático y de todo el sistema de justicia.”
- “Consolidar a la Suprema Corte como tribunal de constitucionalidad exige otorgar mayor fuerza a sus decisiones, exige ampliar su competencia para emitir declaraciones sobre la constitucionalidad de leyes que produzcan

⁴⁶ Véase iniciativa de fecha 05 de diciembre de 1994, así como dictamen de la Cámara de Senadores de fecha 16 de diciembre de 1994.

efectos generales, para dirimir controversias entre los tres niveles de gobierno y para fungir como garante del federalismo”.

- “La reforma se inscribe en la larga tradición nacional que ha buscado subordinar la totalidad de los actos del poder público a la Constitución y a las leyes...Se trata de llevar a sus últimas consecuencias el principio de la supremacía constitucional.”

Tal y como se puede apreciar, la línea argumentativa de la exposición de motivos se encamina a fortalecer la supremacía constitucional. La trascendencia de la reforma, provocó que se iniciara la Novena Época de la Suprema Corte; con nueva integración y con mayores facultades de control jurisdiccional constitucional.

Por otro lado, y con gran importancia para la evolución constitucional de nuestro sistema jurídico, en junio del 2011 se han publicaron reformas a la Constitución⁴⁷, con las que en definitiva, el Poder Revisor nos pretende insertar de lleno en un nuevo paradigma jurídico. Si bien, las reformas constitucionales de 1994 plantearon el escenario para la evolución del principio de supremacía constitucional, las reformas recientes nos obligan a operar a partir de contenidos constitucionales, específicamente de los Derechos Fundamentales, lo que fortalece el Estado Constitucional en México⁴⁸. Como consecuencia, adicional a los efectos en el sistema jurídico, apreciamos que también nos debe conducir a un cambio de actitud en todos, tanto gobernados⁴⁹ como autoridades, que nos

⁴⁷ En fecha 06 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relacionados con el juicio de Amparo; de igual manera, el 10 de Junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sobre la materia de Derechos Humanos.

⁴⁸ Sobre este punto, el Profesor Michael Núñez, señala que “el fortalecimiento del estado constitucional se funda en la idoneidad de éste como espacio institucional propicio para el desarrollo de los derechos humanos que son, en definitiva los que constituyen el punto de integración de la sociedad” en Núñez Torres, Michael, “Nuevas Tendencias en el derecho constitucional del siglo XXI o el regreso de concepciones clásicas del Estado”, en Torres Estrada, Pedro, *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, Limusa Noriega, México 2006, P. 135.

⁴⁹ De manera reciente la Primera Sala de la SCJN, determinó que los Derechos Fundamentales deben ser operativos en las relaciones entre particulares, véase Registro No. 161328 Localización: Novena Época Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

permita transformar ese sentimiento de tener una Constitución a estar en Constitución.

Como resultado de esos cambios se apertura la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación⁵⁰, pero más allá, para efectos de cumplir con nuestro propósito, resaltamos como ejemplificativos, las transformaciones siguientes:

- En materia de Interpretación de los derechos fundamentales, estos deben ser interpretados de la manera en que más se desarrollen, *pro homine*, conforme a la Constitución y los Tratados Internacionales.
- En cuanto a la aplicación de los derechos fundamentales, ahora sí pareciera que corresponde con mayor fuerza a las autoridades su aplicación, pues cómo estaba funcionando antes de las reformas, el gobernado tenía que perseguir vía los medios de control jurisdiccional de la Constitución el respeto a sus derechos fundamentales⁵¹. Sin embargo, a partir de las reformas constitucionales de este año, corresponde a todas las autoridades respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales, incluso autoridades que antes no podían realizar esta función⁵².

XXXIV, Agosto de 2011 Página: 222 Tesis: 1a. CLI/2011 Tesis Aislada Materia(s): Constitucional DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES.

⁵⁰ Acuerdo General 9/2011, de veintinueve de agosto de 2011, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Unión, por el que se determina el inicio de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación a partir del 04 de octubre de dos mil once.

⁵¹ Esto se afirma atendiendo al indebido monopolio de control constitucional por parte de la SCJN, que existía en México, Véase Cárdenas Gracia, Jaime, "Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico", en Torres Estrada, Pedro, *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, Limusa, México 2006.

⁵² Por ejemplo los Jueces locales, antes tenían jurisprudencialmente vedado desaplicar una norma local que vulneraba derechos fundamentales, ahora tienen que proteger y desarrollar los derechos fundamentales, incluso cuando implique desaplicar la norma que se estima violatoria de derechos fundamentales. La prohibición que existía se corrobora con la jurisprudencia cuyo criterio se reitero desde la Quinta Época hasta la novena Registro No. 193435 Localización: Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta X, Agosto de 1999 Página: 5 Tesis: P./J. 74/99 Jurisprudencia Materia(s): Constitucional CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN. El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que "Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las

A través de las reformas constitucionales de junio de 2011 en materia de derechos humanos⁵³, se ha robustecido la dimensión normativa de la constitución y la fuerza de la aplicación directa de la Constitución⁵⁴. Ahora esta obligación de aplicar directamente la Constitución, tiene un mandato que consiste de dos aspectos importantes: a) La obligación de todos los órganos jurisdiccionales de promover, proteger y garantizar derechos humanos; b) La obligación de los órganos jurisdiccionales de aplicar de derechos humanos, a partir de la interpretación que más los desarrolle, que brinde la protección más amplia. Con esto, la ley en México ocupa su posición natural, que es secundaria a la constitución y condicionada la validez legal a su contenido axiológico; además, la constitución puede ser aplicada con independencia de una ley secundaria que desarrolle su contenido. En ese sentido, Zagrebelsky señala que “la primera de las grandes tareas de las constituciones contemporáneas consiste en distinguir claramente entre la ley, como regla establecida por el legislador, y los derechos humanos, como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley”⁵⁵.

disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”. En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto.

⁵³ Publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 10 de junio de 2011.

⁵⁴ En especial nos referimos al párrafo segundo y tercero del artículo 1º constitucional que señalan: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.”

⁵⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2007, Pág. 47

Podemos con tranquilidad señalar que en el Estado Constitucional, los derechos fundamentales ocupan el eje central de los ordenamientos jurídicos, y tienen la función de “sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento y condicionan su deber de obediencia al derecho”⁵⁶. Por lo tanto, ninguna decisión política que implique la creación de una norma jurídica, está actualmente fuera del alcance de un control sobre su validez material, de esto depende la protección de la Constitución como orden de valores.

I.2 La división de Poderes como punto de partida del análisis de la reforma constitucional. Retomando las diferencias entre Poder Constituyente y Poderes Constituidos.

El principio de división de poderes como parte de las ideas que sostienen el constitucionalismo, tiene como finalidad contribuir a limitar el poder y a garantizar libertades. Montesquieu deja muy claro esta idea de la división de poderes como mecanismo para garantizar la libertad de los individuos cuando señala que: “*When legislative power is united with executive power or in a single body of the magistracy there is no liberty, because one can fear that the same monarch or senate that makes tyrannical laws will execute them tyrannically. Nor is there liberty if the power of judging is not separate from legislative power and from executive power. If it were joined to legislative power, the power over the life and liberty of the citizens would be arbitrary for the judge would be the legislator. If it were joined to executive power, the judge could have the force of an oppressor*”⁵⁷. Así, la idea de la división de poderes como parte de una garantía de libertades, se vuelve tan fuerte, que se considera como estructurante del concepto básico de constitución, lo podemos encontrar en el artículo 16 de la Declaración de Derecho

⁵⁶ Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, 10ª edición, Madrid, Tecnos, 2011, P. 17

⁵⁷ Montesquieu, Charles de Secondant, Baron de, *The Spirit of the Laws*, Edited by, Cohler, M. Anne, Miller, Basia, Stone, Harold, Cambridge University Press, 19th printing, first published 1989, New York, 2014, P. 157

del Hombre y del Ciudadano de 1879, que señala: “Toda la sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”.

Madison⁵⁸, siguiendo a Montesquieu afirma que la separación de poderes es un mecanismo que garantiza la libertad, sin embargo, reflexiona que no pueden entenderse los poderes como completamente separados entre sí, sino que en la distribución de sus funciones existe de alguna manera y en alguna medida, interrelación entre ellos (federalista XLVII); más aún, señala que es común que cada poder quiera o pretenda en algún momento extralimitar su función invadiendo o queriendo usurpar el poder del otro, por ello establece la teoría de pesos y contrapesos entre los poderes, para que cada uno de los poderes pueda defenderse de la extralimitación del otro poder (federalista XLVIII y LI).

Cabe resaltar que la idea de Montesquieu sobre la división de poderes, era una idea mecánica para garantizar la libertad de la personas de gobiernos tiránicos, a tal grado que con la sola escisión de las funciones, cumplirían con las condiciones necesarias para preservar la libertad de los ciudadanos, pero como señala el Profesor Michael Núñez, actualmente habría que revalorarse ese principio de división de poderes para entender su función dentro del Estado Constitucional, pues como señala: “parece increíble que, siendo el principio de división de poderes una técnica cuestionada por el modo abstracto en que fue forjada, se continúe en el siglo XXI redactando el mismo principio, en los mismos términos de reparto casi exclusivo de funciones...en realidad, no creemos que se encuentre en crisis la idea de garantizar la libertad a través del principio de división de poderes, lo que falla es la interpretación desde una formulación única”⁵⁹.

Efectivamente, se tiene que revalorar la idea de separación de poderes, pues si como vimos el apartado anterior, la operacionalidad formal de la igualdad y

⁵⁸ Hamilton, Alexander, Madison, James, Jay, John, El Federalista, Segunda Reimpresión de la Segunda Edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, PP. 204 y ss.

⁵⁹ Núñez Torres, Michael, Op. Cit., Nota 5, P. 129

libertad a través de la ley se transformó debido a la rematerialización del Derecho, también el principio de división de poderes tiene que participar en la realización de estos valores que ahora son parte estructural del Estado. Así debemos de analizar el principio de división de poderes no sólo como una garantía formal de la libertad para evitar abusos de gobiernos tiránicos o indebidas concentraciones de poder, sino como un mecanismo más para materializar los valores que se erigen en un complejo orden axiológico como son las constituciones. En este sentido como señala M.J.C. Vile, *“Constitutionalism consists in the advocacy of certain types of institutional arrangement, on the grounds that certain ends will be achieved in this way, and there is therefore introduced into the discussion a normative element; but it is a normative element based upon the belief that there are certain demonstrable relationships between given types of institutional arrangement and the safeguarding of important values”*⁶⁰. En ese contexto de división de poderes visto como un principio que sirve también para lograr fines axiológicos del Estado, y la protección y desarrollo de la dignidad humana, analizaremos un tipo de división de poderes: la división constituyente-constituido.

El poder constituyente es una idea que surge de Sieyes, en el que reconoce en el pueblo organizado políticamente como el todo que constituye a la Nación. Sieyes resalta *“the Third Estate has to be understood as the totality of citizens belonging to the common order”*⁶¹, y es esa totalidad de la Nación que tiene la capacidad de constituir una asamblea general como poder constituyente, *“The third Estate will always be right for the generality of citizens, while that of the privileged orders will always be wrong, unless by neglecting their private interest they vote like ordinary citizens or like the third Estate itself. Thus the Third Estate contains everything that be hoped for of a national assembly. It alone is capable of producing all the advantages that one is entitled to expect of the Estates-General”*⁶². Así surge la idea de poder constituyente, en primer lugar, como una facultad inherente a todos los

⁶⁰ Vile, M.J.C., *Constitutionalism and the separation of powers*, Second Edition, Liberty Fund, Indianapolis, 1998, PP. 8-9.

⁶¹ Sieyes, Emmanuel Joseph, *Political Writings*, Hackett Publishing, Indianapolis, 2003, P. 99

⁶² Ídem, PP. 161- 62

ciudadanos constituidos como una Nación para determinar lo que más le conviene a la mayoría de la Nación, y en segundo, como una cuestión para justificar que el pueblo y no la nobleza o clase privilegiada tome las decisiones fundamentales de la Nación.

Carl Schmitt, plantea que el poder constituyente es la voluntad política, cuyo poder o autoridad es capaz de tomar decisiones concretas sobre la forma de su propia existencia política⁶³. Así, la Constitución viene a ser un acto de la voluntad política que contiene las decisiones tomadas en relación a su estructura y funcionamiento. Sostiene que esta voluntad política no se elimina o agota por el hecho de haberse ejercido en la constitución, sino que se mantiene a lado y superior a la propia constitución; para Schmitt, pareciera que estuviera presente el poder constituyente de una manera permanente o disponible para consultar, ya que dice que “*every genuine constitutional conflict, which involves the foundations of the comprehensive political decision itself, can, consequently, only be decided through the will of the constitution-making power itself*”⁶⁴, sin embargo, sería entonces necesario identificar esos fundamentos de la decisión política que queda reservada únicamente al poder constituyente, y además de la complejidad que él mismo sostiene debido a que no puede regularse el ejercicio del proceso por el que se inicia el ejercicio del poder constituyente. Por lo tanto, la autoregulación del constituyente para responder a estas consultas o realizar este tipo de interpretaciones estaría vedada, y por ello, sólo a través de otro momento de decisión política fundamental que ejerciera el constituyente podrían cambiarse aspectos fundamentales de la constitución y no por reforma constitucional. Con esto podemos identificar un límite a función de los poderes constituidos en relación con las decisiones políticas fundamentales.

⁶³ “The constitution-making power is the political will, whose power or authority is capable of making the concrete, comprehensive decision over the type and form of its own political existence”, Schmitt, Carl, *Constitutional Theory*, Duke University Press, 2008, P. 125

⁶⁴ Ídem., P. 126.

Schmitt señala que la función de reforma constitucional si bien es una función extraordinaria, no debe ser considerada ilimitada, sostiene que no puede existir un poder Constitucional no limitado⁶⁵. Aún más, sostiene que los límites de la reforma constitucional se pueden entender del propio concepto de reforma constitucional, y por tanto se debe entender que: *“The authority for constitutional amendment contains only the grant of authority to undertake changes, additions, extensions, deletions, etc., in constitutional provisions that preserve the constitution inteself. It is no not the authority to establish a new constitution, nor is the authority to change the particular basis of this jurisdiction for constitutional revisions”*⁶⁶.

Maurice Hauriou señala también la diferencia entre la creación de una constitución y su modificación o revisión. La primera señala que es un acto fuera de la constitución y la segunda, es un acto derivado de la propia constitución y sirve para una continuidad y rigidez de la superlegalidad constitucional⁶⁷. Por superlegalidad constitucional entiende no sólo al contenido de la Constitución, sino a los principios fundamentales del régimen, esto es, “los principios individualistas – que son la base del Estado – y los principios políticos – que son la base del gobierno -. Estos principios integran una especie de legitimidad constitucional, colocada por encima de la Constitución escrita”⁶⁸. Así dentro de su visión hay una distinción entre el poder constituyente que va a redactar el texto de la Constitución conforme a los principios individualistas y políticos, estos van a producir la legitimidad constitucional; y el poder de revisión del texto Constitucional, que no podrá desprenderse o ir en contra de estos principios que sostienen la legitimidad constitucional. Por ello, Hauriou, determina que la revisión de la constitución implica tres consecuencias: “1ª, la advertencia de que la Constitución no debe reformarse a la ligera, sino únicamente en caso de necesidad demostrada por la

⁶⁵ Inclusive cuando habla del poder de revisión constitucional, señala: “In the context of a constitutional regulation, there can be no unlimited authority, and every jurisdiction is bounded”, Schmitt, Carl, *Constitutional Theory*, Duke University Press, 2008 P 150.

⁶⁶ Ídem.

⁶⁷ Hauriou Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Comares, Granada, 2013, P. 354

⁶⁸ Ídem., P. 358

existencia de una crisis constitucional; 2ª, la práctica de las revisiones limitadas; 3ª, los procedimientos especiales para su revisión”⁶⁹.

Por su parte, Don Pedro de Vega razona siguiendo ideas de Sieyes, que el poder constituyente es un poder absoluto y total, cuyo ejercicio puede ser realizado por representantes del pueblo y que su destino es desaparecer una vez terminada su función de crear la Constitución, y en su lugar quedarán los poderes constituidos por ésta⁷⁰. Con esto, ya podemos aproximarnos a algunas distinciones entre poder constituyente y poder constituido, que para hacer este análisis nos apegamos a las notas características señaladas por Carlos del Cabo, sobre el poder constituyente y poderes constituidos. Del Cabo comienza por señalar que el Poder Constituyente es un Poder original, esto implica que tiene su fundamento en sí mismo, y es su propio impulso para iniciar su funcionamiento; señala también que es incondicionado, es decir, que no tiene límites, que es soberano y pre jurídico, exterior y anterior al Derecho; y que su fundamento no está en legalidad alguna sino en su legitimidad democrática. En tanto que los Poderes Constituidos, no son poderes originales sino que encuentran su existencia en la Constitución, es un poder limitado en tanto que están supeditados a la Constitución y su fundamento es la legalidad constitucional⁷¹.

Como podemos ver, en la doctrina constitucional existe una distinción general entre poder constituyente y poderes constituidos. Con esta distinción también catalogan la diferencia entre el poder que crea la constitución y el poder que la reforma. El poder constituyente, un poder pre-jurídico, y que sólo al autorregularse se juridifica. En tanto que el poder de revisión de la constitución es un poder jurídico, derivado de la Constitución, y su función se encuentra dentro del contexto de dar continuidad a la propia Constitución.

⁶⁹ Hauriou Maurice , Ídem., P. 355

⁷⁰ De Vega, Pedro, Op. Cit. Nota 4, PP. 28 y ss.

⁷¹ Véase en De Cabo Martín, Carlo, La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho, Trotta, 2003, PP. 31-32

Por otro lado, el poder constituyente, es un poder que formalmente da legitimidad a la constitución debido a que su función se soporta en la soberanía del pueblo, ejercida a través de sus representantes en la asamblea constituyente, o a través de un referéndum que ratifique o rechace lo diseñado por la asamblea. En tanto que la legitimación formal de las revisiones constitucionales depende de seguir el procedimiento de reforma establecido en la propia constitución.

La legitimidad material de la Constitución diseñada por el poder constituyente, depende de la eficaz articulación entre los principios que van a constituir el sustento axiológico del sistema y el diseño de la estructura y funcionamiento del gobierno. Mientras que la legitimidad material de la reforma constitucional depende de la continuidad y desarrollo de esos principios constitucionales y mejoramiento del diseño.

No obstante el desarrollo teórico anterior, en México, Felipe Tena Ramírez analiza que la función de revisión de la constitución⁷², es encargada a un órgano especial, integrado por el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados. Resalta Felipe Tena Ramírez que “ese órgano tiene que participar en alguna forma de la función soberana, desde el momento en que puede afectar la obra que es expresión de la soberanía. Su función es, pues, función Constituyente. Y como, por otra parte, se trata de un órgano que sobrevive al autor de la Constitución, cuya vida se extinguió con su tarea, consideramos que merece por todo ello, el nombre de Poder Constituyente Permanente”⁷³. Así, en México se desdibuja la división entre poder Constituyente y poder de Revisión de la Constitución, con todas su consecuencias.

⁷² En México el artículo 135 de la Constitución es el que señala el procedimiento de reforma, en los términos siguientes: “Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.”

⁷³ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, Trigésima Séptima Edición, México, 2005, P. 46

Una de las consecuencias de la postura anterior es que se institucionaliza dentro de la Constitución Mexicana un poder soberano, ilimitado, que va en contra de la propia naturaleza y función de la Constitución, esto es, que no exista un poder ilimitado dentro del orden Constitucional. En esa línea de razonamiento, Felipe Tena Ramírez Señala “El Congreso Federal es Poder Constituido; cada una de las legislaturas de los Estado también lo es. Pero eso acontece cuando actúan por separado, en ejercicio de sus funciones normales; una vez que se asocian, en los términos de los artículos 135, componen un órgano nuevo, que ya no tiene actividades de Poder Constituido (es decir, de gobernante), sino únicamente de Poder Constituyente”⁷⁴.

Podría ser entendible como plantea Ignacio de Otto, la conceptualización del Poder Constituyente desde una perspectiva de validez de la constitución por cuanto a su legitimidad, pero no en cuanto a su fuerza normativa sobre el pueblo que lo llegue a limitar⁷⁵; pero la conceptualización de Tena Ramírez del Poder Constituyente Permanente hace extensiva la falta de fuerza normativa de la Constitución sobre este Poder constituido. En México, siguiendo al Principio de Rousseau⁷⁶, la soberanía radica en el pueblo⁷⁷, pero la Constitución también indica que el Pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión⁷⁸.

⁷⁴ Ibidem, 46.

⁷⁵ “a partir de la teoría del poder constituyente no es posible fundamentar el carácter jurídico de la Constitución, su fuerza vinculante, incluso frente a la voluntad popular; más en concreto, las normas de la constitución acerca de su propia reforma no obligarían al pueblo, pues una reforma llevada a cabo contra ellas habría de considerarse válida”, De Otto, Ignacio, Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes, Ariel, Barcelona, 8va reimpresión de la segunda edición, 2001, P. 55

⁷⁶ “The sovereign is formed entirely from the private individuals who make it up, it neither has nor could have an interest contrary to theirs”, in Rousseau, Jean Jacques, *Basic Political Writings*, Translated and edited by Donald A. Cress, Hackett Publishing Company, Indianapolis, 1987, P. 149

⁷⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Artículo 39. La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno

⁷⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos “Artículo 41. El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal...”

Esto refleja la idea de Soberanía del Estado⁷⁹, pero en este caso, Felipe Tena Ramírez maneja la función soberana del poder constituyente permanente, pues le atribuye la función de reformar cualquier aspecto de la Constitución⁸⁰.

Se entendería más la distinción, como señala el profesor Michael Núñez, no tanto a partir de una división de poderes como tal, sino de la división de las funciones y de los actos que producen⁸¹. De tal manera, la función constituyente, como señala el profesor Núñez “se trata de la primera función y la más importante, que se verifica en el Estado Constitucional. La realiza el pueblo en razón del principio de soberanía popular. A través del proceso constituyente la sociedad sienta las cláusulas de su contrato social con el cual habrá de regir la vida política, económica y social”⁸². Esta función es de manera exclusiva del poder constituyente y no podría entenderse de un poder constituido, con todo y que su función sea de reforma constitucional.

Con todo esto podemos entender diferencias fundamentales entre el poder constituyente y poder de reforma constitucional. El acto de la función constituyente como tal, no puede ser reproducido por un poder constituido, por todo lo que implica, “el poder constituyente es fijación, es absolutización de valores políticos, es puro deber ser, es comienzo ex novo, es elisión del pasado y reducción de todo futuro al presente, es inicialmente aceleración histórica inesperada y

⁷⁹ Como señala Miguel Artola, “en 1865 Gerber, al construir la doctrina del Estado como persona jurídica, reclamó para éste la función que el romanticismo había atribuido al pueblo. La creación orgánica del derecho dio paso a su creación por el Estado, considerado como la encarnación de la voluntad del pueblo”, en Artola, Miguel, *Constitucionalismo en la Historia*, Crítica, Barcelona, 2005, P. 92. Véase también a Arreola Raymundo, “El surgimiento histórico del Poder Soberano”, en Estrada Michel, Rafael, *La división del Poder Público*, Porrúa, México, 2007, PP. 73 y ss.

⁸⁰ “a falta de acotación expresa en nuestro texto constitucional, el Constituyente Permanente puede llevar a cabo por vía de adición o de reforma cualquiera modificación a la ley suprema”, en Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, Trigesima Séptima Edición, México, 2005, P. 56

⁸¹ “Así las cosas, no importa que una función estatal sea realizada por cualquiera de los poderes (entendidos como instituciones políticas) respetando la competencia, y a través de un acto que le sea propio. Lo verdaderamente representativo del órgano constitucional es ese acto típico, ya que la función desde un punto institucional puede ser desarrollado por el Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial, siempre que respeten los requerimientos del orden competencial que fijó el constituyente para alcanzar los fines estatales a los efectos de la validez formal, y la configuración institucional a los efectos de su eficiencia”, en Torres Núñez, Michael, *Op. Cit.* Nota 5, P. 145

⁸² Ídem, P. 151

sucesivamente detención del movimiento, es expresión de un solo proyecto político, individualizado e incondicionado y por ello soberano, es predeterminación de los problemas y planificación de soluciones”⁸³. Por ello, la importancia de determinar el límite de la reforma constitucional por el poder revisor y los mecanismos de control sobre la propia reforma constitucional.

I.3. Cambios Constitucionales y reforma constitucional.

Para aproximarnos al tema, debemos comenzar por clarificar qué es lo que vamos a entender como Constitución y a partir de ahí analizar los tipos de cambios constitucionales que pueden suceder. Esto es, podemos ver a la Constitución como la norma jurídica, como el documento escrito creado por el Poder Constituyente, o como señala Bruce Ackerman, debemos entender la constitución más allá de un concepto abstracto, como una realidad práctica, histórico-evolutiva, constituida por generaciones que se han organizado para efectos de discutir y resolver las disputas organizacionales de sus poderes, así como de la identidad y futuro de la Nación⁸⁴. Siempre que nos acerquemos a ella, más allá de su sentido formal, vamos a razonar que la constitución material está en constante evolución. Siguiendo a Heller, nos referirnos por Constitución a ese “todo en el que aparecen contemplándose recíprocamente la normalidad y la normatividad, así como las normatividad jurídica y la extrajurídica”⁸⁵, o bien, como explica Michael Núñez, cuando hablemos de una Constitución debemos poder “conjugar el carácter normativo y estructural de la Constitución con sus componentes materiales extraídos de la vida social, económica y política –de la actualidad y del pasado-, y al mismo tiempo tendrá que atender la justificación axiológica y teleológica que

⁸³ Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y Constitución*, Mínima Trotta, Madrid, 2005, P. 35

⁸⁴ “the Constitution is more than an idea. It is an evolving historical practice, constituted by generations of Americans as they mobilized argued, resolved their ongoing disputes over the nation’s identity and destiny”, en Ackerman, Bruce, *We The People: Foundations*, USA, Belknap-Harvard, 1993, P. 34

⁸⁵ Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, FCE, México, 2ª edición 1998, 5ª reimpression 2011, P. 323

exige el ordenamiento jurídico”⁸⁶. Con esto lo que nos interesa es dejar patente que por Constitución, debe entenderse más allá de su texto⁸⁷. Conforme a esta perspectiva, la Constitución está en constante evolución y las transformaciones se dan diferentes maneras.

En general no podemos ver al Derecho y el espacio social donde se aplica como elementos independientes, sino como interdependientes que moldean y transforman uno al otro. Cualquier cambio en el Derecho o la dirección de la Fuerza del Estado, va impactar tanto las instituciones sociales como al campo de libertad personal de los individuos y un cambio en estos últimos también afectarían al Estado. Tampoco debe ser visto al Estado como un ente que se inserta en un orden natural y que no modifica ese orden. El profesor Tribe utiliza dos cambios paradigmáticos en la física –de una visión de Newton a Einstein, y el efecto de la Física Cuántica-, como elementos para revalorar ciertas concepciones y prácticas del Derecho⁸⁸.

Explica que desde la visión de Newton, el movimiento de los planetas se debía esencialmente por la fuerza de gravedad, y que su dirección de movimiento dependía de la cantidad de fuerza que un objeto mayor producía sobre el menor, en cambio Einstein corroboró, que el espacio que rodea a los objetos es un factor determinante para la dirección del movimiento, que a la vez ese espacio es moldeado por los mismos planetas, existiendo una relación directa entre los planetas, su impacto en las transformaciones del espacio y el movimiento mismo. Entonces, para Einstein a diferencia de Newton, tomaba en cuenta estos tres factores como entrelazados, los planetas, el espacio y el movimiento, para poder explicar el movimiento y dirección de los objetos en el espacio. Newton no atendía

⁸⁶ Nuñez Torres, Michael, Op. Cit., Nota 48, P. 138

⁸⁷ Como señala el profesor Pablo Lucas Verdú “hay muchas más cosas dentro de un texto constitucional y fuera de él, que le dan sentido plenario”, en Lucas Verdú, Pablo, *La constitución abierta y sus enemigos*, UCM, Madrid, 1993, Pág. 11

⁸⁸ “the central conceptual shifts represented in modern physics provide useful new ways of thinking and talking about law, legal argument and legal practice”, en Tribe, Laurence H., *The curvature of Constitutional Space: What Lawyers can learn from Modern Physics*, Harvard Law Review, volume 103, November 1989, P. 3

al espacio por creer que no era un factor y reducirlo solo el lugar donde se desarrollaba el movimiento de los planetas, Einstein indicó con la teoría de relatividad que los objetos modifican el espacio que los rodea, los moldea de manera que también se convierte en factor determinante de la dirección en que se mueven. Dicho cambio paradigmático lo introduce Tribe en el campo del derecho, señalando que la visión de Newton, se puede explicar insertando el Estado al orden prepolítico, natural de las cosas, pensando que no realiza ningún cambio o afectación, en cambio una visión de Einstein, es que el derecho no puede extraerse de las estructuras sociales, que cada decisión reestructura el Derecho así como el espacio social donde se materializa⁸⁹.

Tribe explica que todo objeto observado, por el simple hecho de ser observado altera el estado del objeto; antes se entendía lo contrario, es decir que podía observarse cualquier objeto en la naturaleza sin alterar el estado en que se encontraba. Básicamente, la teoría Cuántica nos indica que las partículas de luz llamadas protones, pueden actuar fácilmente sobre pequeños electrones, de manera que cuando un rayo de luz –como el de un microscopio- es utilizado para precisar la ubicación de un electrón, en ese instante causa afectación en las partículas de los electrones alterando su velocidad, en consecuencia, se afecta el estado natural del objeto al observarlo⁹⁰. En ese sentido, nos indica que la Corte debe caer en cuenta que cada observación que haga a través de una sentencia, implica una modificación tanto en los jueces como en el material juzgado, y continuará esa observación impactando más allá de lo ordenado en el caso⁹¹. En

⁸⁹ “Newton’s conception of space as empty, unstructured background parallels the legal paradigm in which state power, including judicial power, stands apart from the neutral, “natural” order of things... In Einstein’s view, space is not the neutral “stage” upon which the play is acted, but rather is merely one actor among others, all of whom interact in the unfolding of the story”, en Tribe, Laurence H., The curvature of Constitutional Space: What Lawyers can learn from Modern Physics, Harvard Law Review, volume 103, November 1989, P. 7

⁹⁰ Idem., P. 18

⁹¹ “Altering the legal world in the process of “observing” it.- ...courts must take account of how the very process of legal “observation” (i.e., judging) shapes both the judges themselves and the materials being judged. The results courts announce –the ways they view the legal terrain and what they say about it – will in turn have continuing effects that reshape the nature of what the courts initially undertook to review, even beyond anything they directly order anyone to do or refrain from doing”, en Tribe, Laurence H., Op. Cit., Nota 89, P. 20

ese sentido explica que *stare decisis*, representa el reconocimiento que cada observación sobre el escenario legal, pueda impactar y cambiarlo, que toda decisión futura debe tomar en cuenta que expectativas se han creado alrededor de ella⁹².

Esto es importante resaltar porque los cambios del orden constitucional no vienen sólo a través de la reforma constitucional, sino como ya vimos, está en constante evolución, sucede cada vez que se trabaja con la Constitución. Cada sentencia que interpreta el texto constitucional, cada ley que desarrolla su contenido, cada política pública que se desarrolla tratando de cumplir con sus fines. Lo que se asemeja más a una concepción de Constitución Viviente, que explica David Strauss, “A living Constitution, is one that evolves, changes over time, and adapts to new circumstances, without being formally amended”⁹³.

Jellinek distingue entre reforma constitucional y cambio o transformación constitucional, señalando que “by constitutional amendment, I mean change in the text of the constitution through a purposeful act of will; by constitutional transformation, I mean change that allows the text to remain formally unchanged and is caused by facts that need not be accompanied by an intention or awareness of the change”⁹⁴. Por ello es importante comprender que los cambios en el orden constitucional, no vienen sólo a través de la reforma constitucional.

Sanford Levinson sostiene que se debe distinguir entre desarrollo ordinario y extraordinario del sistema jurídico. Los mecanismos entre uno y otro, se diferencian en que en el ordinario es a través de un proceso interpretativo (legislativo o judicial) que permite la evolución de los contenidos jurídicos ya existentes; en cambio, el mecanismo de desarrollo extraordinario, es un proceso de creación no deducible del contenido jurídico existente, y realizado a través de

⁹² Ídem, P. 32

⁹³ Strauss, David A., *The Living Constitution*, Oxford University Press, New York, 2010 P. 1

⁹⁴ Jellinek, Georg, Constitutional “Amendment and Constitutional Transformation”, in, Jacobson, Arthur, Schlink, Bernhard, editors, *Weimar a Jurisprudence of crisis*, University of California Press, California, 2002, P. 54

una reforma (enmienda)⁹⁵. Esta distinción encuentra utilidad para determinar bajo qué circunstancias se debe ejercer un mecanismo u otro, o inclusive como criterio para fijar el límite en el uso de cada uno. En principio, no todo puede válidamente desprenderse del contenido material ya existente, de suerte que tanto una norma emitida por el legislador o una resolución jurisdiccional, que no tengan soporte deducible de alguna manera del material jurídico existente, estaríamos ante un cambio ilegítimo que debería de realizarse a través de una reforma constitucional⁹⁶. De manera congruente, bajo esta visión no todos los cambios al texto constitucional pueden identificarse como “verdaderas reformas”, sino sólo aquellos que impliquen una verdadera creación de contenido jurídico en el sistema, que realmente transforme la realidad jurídica preexistente a la reforma⁹⁷.

No obstante la distinción entre el desarrollo ordinario a través de la interpretación, del desarrollo extraordinario a través de la reforma, Sanford Levinson expresa que la complejidad radicaría en establecer criterios formales para distinguir uno de otro⁹⁸. Particularmente en la parte de la hermenéutica constitucional, para decidir las controversias que surjan sobre el alcance del significado del contenido del texto de la norma constitucional⁹⁹. Lo que nos lleva a entender, que para distinguir la procedencia de uno u otro, o de analizar la legitimidad de un mecanismo u otro, debemos tomar en cuenta cada caso particular.

⁹⁵ Levinson, Sanford, “Hoy many times has the United States Constitution Been Amended?, (a) < 26; (b) 26; (c) 27; (d) > 27: Accounting for Constitutional Change”, in Levinson Sanford (editor), *Responding to Imperfection, Theory and practice of constitutional amendment*, Princeton University Press, New Jersey, 1995, PP. 14-15

⁹⁶ “in many contexts...to describe something as an amendment is at the same time to proclaim its status as a legal invention and its putative illegitimacy as an interpretation of the preexisting legal materials. To designate something as an interpretation, on the other hand, even if one is ultimately not persuaded by it, is to accord it a certain legal dignity that is absent if one rejects the very possibility of its having been offered as a “good faith” exercise interpretation. If one doubts the presence of good faith, or equally if one accepts interpretive sincerity but finds the actual effort to be manifestly incompetent, the one will be tempted to describe what is being offered as a surreptitious attempt to “amend” the Constitution without going through the approved procedures by which inventions are accepted into the constitutional fabric”, en Levinson, Sanford, “Op. Cit, Nota 95, P. 17

⁹⁷ ídem., P. 26

⁹⁸ “I have proffered a distinction –a structural opposition. Between interpretation and amendment even as I cheerfully concede serious doubt that anyone can supply formal criteria by which to distinguish the two”, en Levinson, Sanford, Op. Cit., Nota 95, P. 33

⁹⁹ ídem., P. 23

Frederick Schauer también considera que el procedimiento de reforma constitucional establecido en la propia Constitución no es el único mecanismo para modificarla, pues esta se verá modificada cuando sus presuposiciones subyacentes (políticas o sociales), también cambien¹⁰⁰. Aborda la problemática del cambio constitucional a partir de la ubicación del fundamento de validez constitucional. Plantea que la constitución establece la base por el que se medirá la constitucionalidad de las demás normas y actos, pero no establece la validez de su propia constitucionalidad, ésta la encontramos ya sea desde una visión Kelseniana en la Grundnorm¹⁰¹, o en la Regla de Reconocimiento Hartiana¹⁰². Así, desde este punto de partida en el estudio de la reforma constitucional, señala que al cambiar los fundamentos que establecen las presuposiciones constitucionales (que serán de naturaleza social o política pero nunca legal), repercutirá en la Constitución produciendo un cambio en la misma¹⁰³.

Así, en un argumento de mayoría de razón, Frederick Schauer señala que si el desplazamiento de ordenamientos constitucionales sucede fuera de la Constitución, es lógico pensar que modificaciones constitucionales, también puedan tener origen fuera de la constitución¹⁰⁴, y por lo tanto, considera que los procedimiento establecidos en las propias constitucionales, no son los únicos mecanismos para que las Constituciones se modifiquen.

¹⁰⁰ "Constitutions can and do change not only when they are amended according to their own provisions or their own history, however broadly those provisions or that history may be understood, but whenever there is a change in these underlying presuppositions –political and social, but decidedly not constitutional or legal. Constitutions are thus necessarily always subject to amendment as their supporting presuppositions are amended, even though it cannot be the case that the amendment of those supporting presuppositions can be thought of in anything other than factual or other prelegal terms", en Schauer, Frederick, *Amending the presuppositions of a Constitution*, in Levinson Sanford (editor), *Responding to Imperfection, Theory and practice of constitutional amendment*, Princeton University Press, New Jersey, 1995, P. 148

¹⁰¹ "when I ask what is that makes the Constitution valid, the work of Hans Kelsen would indicate that the validity of the Constitution is established by the Grundnorm, whose validity is in turn presupposed or hypothesized as valid. Thus to Kelsen the Grundorm is the presupposition without which the whole notion of legal validity makes no sense, and which is necessary for statements such as "this is the law" to have any meaning."en Schauer, Frederick, Op. Cit. Nota 100, P. 149

¹⁰² "The ultimate rule of recognition is a matter of social fact, and do determining it is for empirical investigation rather than legal analysis", en Schauer, Frederick, *Op. Cit, Nota 100*, P. 150

¹⁰³ Ídem, P. 148

¹⁰⁴ Ídem, P. 145

Donald S. Lutz, analiza que los cambios del sistema constitucional pueden realizarse a través de: 1) reforma; 2) reemplazo periódico de todo el documento; 3) interpretación constitucional realizada por órganos jurisdiccionales; y 4) interpretación legislativa¹⁰⁵; la preferencia en cada uno de estos medios por los que se realice el cambio en el sistema constitucional, refleja según Lutz, una teoría política¹⁰⁶. En gran parte, Lutz explica que la Constitución se estructura con la idea de soberanía popular, de tal manera que si bien a través de la soberanía popular se podría cambiar la constitución cuando el sistema de gobierno haya fallado, la reforma constitucional constituya una institucionalización de la soberanía popular que evita la necesidad de la ruptura del sistema constitucional, y ayuda a que se dé continuidad mientras se va mejorando a través de reformas. En ese sentido sostiene que “the amendment process invented by the Americans was a public, formal, highly deliberative decision-making process that distinguished between constitutional matters and normal legislation, and returned to roughly the same level of popular sovereignty as that used in the adoption of the constitution”; aquí cabe resaltar que la primera Constitución que contempla el proceso para reformar la constitución es la de 1776 de Pennsylvania, que utilizaba un proceso de convención constitucional¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Lutz, Donald, S., *Toward a Theory of Constitutional Amendment*, in in Levinson Sanford (editor), *Responding to Imperfection, Theory and practice of constitutional amendment*, Princeton University Press, New Jersey, 1995, P. 237

¹⁰⁶ “the three prominent methods of constitutional alteration other than complete replacement – formal amendment, legislative revision, and judicial interpretation- reflect, in the order listed, a declining commitment to popular sovereignty; and the level of commitment to popular sovereignty may be a key attitude for defining the nature of the political system” Lutz, Donald, S., *Op. Cit.*, Nota 105, P. 241

¹⁰⁷ Constitution of Pennsylvania, September 28, 1776. SECT. 47. “...The said council of censors shall also have power to call a convention, to meet within too years after their sitting, if there appear to them an absolute necessity of amending any article of the constitution which may be defective, explaining such as may be thought not clearly expressed, and of adding such as are necessary for the preservation of the rights and happiness of the people: But the articles to be amended, and the amendments proposed, and such articles as are proposed to be added or abolished, shall be promulgated at least six months before the day appointed for the election of such convention, for the previous consideration of the people, that they may have an opportunity of instructing their delegates on the subject.”

Por otro lado, Lutz desarrolla que aparte de la idea de soberanía, la reforma constitucional se soporta en tres suposiciones: La primera suposición es que todo sistema político necesita ser modificado con el paso del tiempo, como resultado de una combinación de factores, a saber: 1) cambios del contexto (económico, tecnológico, demográfico, etc.) en el que se desarrolla el sistema político; 2) cambios en el sistema de valores de la población; 3) efectos institucionales no esperados o no deseados; 4) el cúmulo de circunstancias producidas por los actos de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial; La segunda suposición es que en sistemas políticos que son constitucionales, que se toman en serio a la Constitución como límite del poder y fuente de legitimidad de las decisiones, las alteraciones o cambios en la regularidad política deben reflejarse en la constitución; La tercera suposición deriva, como conclusión de las anteriores dos. Todo sistema constitucional requiere con el paso del tiempo una transformación, ya sea través de reforma, revisión (interpretación judicial o legislativa), o reemplazo¹⁰⁸.

Como acabamos de analizar, los cambios constitucionales son a saber: naturales, entendidos como parte de la función normal de un sistema jurídico que requiere adecuarse a necesidades sociales, económicas, tecnológicas, etc., que van surgiendo con el transcurso del tiempo; son necesarios, para que no se llegue al extremo de un quebrantamiento del sistema constitucional por el desfaseamiento entre constitución jurídica y constitución material, esto es que las relaciones políticas varíen de tal manera que no se vea reflejado en el diseño constitucional que se tenía; son diversos los medios por los que se dan los cambios constitucionales, que pueden ser formales a través de los procedimientos de reforma establecidos en la Constitución, y materiales, a través de la interpretación jurisdiccional o legislativa por el que se cambia la aplicación o entendimiento de la Constitución.

¹⁰⁸ Lutz, Donald, S., Op. Cit., Nota 105, P. 242

Por reforma Constitucional podemos entender el procedimiento formal, establecido en una Constitución para modificar su contenido, a través de un proceso con mayores requisitos establecidos para el proceso legislativo ordinario. En México este procedimiento, está contemplado en el artículo 135 de la Constitución que señala:

“La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México

El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas”.

Dentro del marco normativo que regula el Congreso de la Unión, se establecen ciertas particularidades en relación al proceso que tiene que desarrollarse en la reforma Constitucional. Por ejemplo el tiempo de presentación de los dictámenes en el Pleno, tratándose de reformas Constitucionales se extiende de diez a quince minutos¹⁰⁹. También está la prohibición de que las iniciativas de reformas constitucionales puedan tener el carácter de iniciativas preferentes¹¹⁰.

Conforme al Reglamento de la Cámara de Diputados, establece un requisito de temporalidad para la aprobación de la iniciativa en la Comisión correspondiente,

¹⁰⁹ Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 76.-

1. El tiempo para la presentación de los asuntos en el Pleno será:

III. Dictámenes, hasta por diez minutos, excepto cuando se trate de reformas constitucionales, en cuyo caso será de quince minutos;

¹¹⁰ Recordemos que la conforme el artículo 134. Punto 1 de Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, “es aquella que es sometida al Congreso de la Unión por el Presidente de la República en ejercicio de su facultad exclusiva para trámite preferente, o señalada con tal carácter de entre las que hubiere presentado en periodos anteriores y estén pendientes de dictamen”, sin embargo, el Artículo 135 del mismo ordenamiento señala que: “no podrán tener carácter preferente las iniciativas de adición o reforma a la Constitución”.

tal como señala el artículo 89, Punto 2, que determina que la Comisión deberá resolver la iniciativa dentro del plazo de noventa días, que puede ser prorrogable por otros 90 días, pero una vez concluido el plazo si no se resuelve se desechará¹¹¹.

El procedimiento de discusión se encuentra de 230 al 232 del Reglamento de la Cámara de Diputados:

“Artículo 230.

1. Cuando se trate de dictámenes relativos a reformas a la Constitución, la discusión se realizará en lo general y en lo particular.

2. En una primera ronda de intervenciones podrá participar el presidente de la Comisión de Puntos Constitucionales, un diputado o diputada por cada grupo y un diputado o diputada independiente propuesto de entre ellos, hasta por quince minutos y posteriormente se abrirán rondas de discusión.

3. Posteriormente, podrán abrirse otras rondas de discusión. El Presidente deberá elaborar listas de oradores, de hasta 6 a favor y 6 en contra, que intervendrán hasta por cinco minutos. Las listas deberán leerse completas antes de iniciar la discusión.

4. Una vez agotada cada ronda de oradores el Presidente preguntará al Pleno si el asunto se encuentra suficientemente discutido en lo general, en caso afirmativo se procederá a la votación, y en caso negativo, si aún quedaran inscritos, se leerá la

¹¹¹ “Artículo 89.-

...

2. En el caso de las iniciativas de reforma constitucional, se observará lo siguiente:

I. La comisión o comisiones deberán resolverlas dentro de un término máximo de noventa días,

II. La comisión o comisiones que consideren conveniente prorrogar la decisión de la iniciativa turnada, deberán hacer la solicitud al Presidente, por conducto de su Junta Directiva, dentro del término para dictaminar, establecido en el numeral anterior. La Mesa Directiva resolverá las solicitudes de prórroga, considerando las circunstancias y argumentos de la petición. En caso de otorgarse, las comisiones tendrán hasta noventa días más, contados a partir del día siguiente en que se hubiese cumplido el término. No podrá haber más de una prórroga, y

III. Aquellas que no se resuelvan en el plazo indicado, se tendrán por desechadas. El Presidente instruirá su archivo como asuntos total y definitivamente concluidos.”

lista de los oradores y continuará su desahogo. Concluida la discusión se procederá a la votación en lo general de los artículos no reservados, si los hubiere.

5. Cuando se solicite el uso de la palabra sólo para argumentar a favor o sólo para argumentar en contra, se admitirán hasta tres oradores que podrán hablar hasta por cinco minutos y agotada esa ronda, el Presidente preguntará si el asunto se encuentra suficientemente discutido. En caso negativo, el Presidente podrá abrir otra ronda de oradores bajo estas mismas reglas.

Artículo 231.

1. Para intervenir en la discusión en lo particular podrán inscribirse todos los diputados y diputadas que previamente hayan registrado sus reservas.

2. El Presidente deberá elaborar listas de oradores a favor y en contra, que leerá completas antes de iniciar la discusión.

3. Los oradores harán uso de la palabra alternadamente hasta por tres minutos, y procederá la votación de cada reserva después de su presentación.

4. El Presidente preguntará al Pleno si el asunto se encuentra suficientemente discutido, cuando haya concluido la segunda ronda. En caso afirmativo, se procederá a la votación, en caso negativo, se leerá la lista de los oradores aún inscritos en ambos sentidos y continuará el desahogo de la siguiente ronda en los términos expuestos. Concluida la discusión se procederá a la votación.

5. Cuando se solicite el uso de la palabra sólo para argumentar a favor o sólo para argumentar en contra, se admitirán hasta tres oradores que podrán hablar hasta por cinco minutos y agotada esa ronda, el Presidente preguntará si el asunto se encuentra suficientemente discutido. En caso negativo, el Presidente podrá abrir otra ronda de oradores bajo estas mismas reglas.

Artículo 232.

1. Cuando un proyecto de reforma constitucional, sea declarado suficientemente discutido en lo general y en lo particular, se procederá a votarlo. De no aprobarse

se tendrá por desechado conforme lo dispuesto por el Artículo 72 de la Constitución.”

Por otro lado, la Cámara de Senadores también tiene una regulación sobre como debe de realizar sus funciones en el proceso de reforma constitucional. El Reglamento del Senado, contempla la figura de moción de urgente resolución, que “tiene por objeto poner un asunto a debate y, en su caso, a votación del Pleno sin pasar a comisiones para su dictamen previo”¹¹², sin embargo, está la prohibición expresa que no se puede invocar la moción de urgente resolución tratándose de reformas o adiciones a la constitución¹¹³. Otro aspecto que contempla es la presentación de propuestas, señalando que no puede presentarse una iniciativa que involucra disposiciones de la Constitución y de otros ordenamientos secundarios, deberá presentarse de manera separada pero se deberá indicar en cada iniciativa la correlación entre ellas¹¹⁴.

El procedimiento de deliberación que se realizará en la Cámara de Senadores se encuentra en los artículos 224 y 225 del Reglamento del Senado de la República, que se traen a la colación:

“Artículo 224

1. El proceso de discusión y dictamen en comisiones y debate y votación en el Pleno de iniciativas y proyectos de reformas o adiciones a la Constitución, se realiza conforme a los procedimientos y plazos establecidos en el presente Reglamento, salvo en lo relativo a la mayoría calificada de dos terceras partes de los senadores presentes en el Pleno requerida para su aprobación
2. El debate de dictámenes o proyectos de reformas o adiciones a la Constitución en el Pleno del Senado se realiza por cada artículo al cual se refieren.

¹¹² Artículo 108, punto 1 del Reglamento del Senado de la República.

¹¹³ Artículo 108, punto 3 del Reglamento del Senado de la República.

¹¹⁴ Artículo 171, punto 1 del Reglamento del Senado de la República.

Artículo 225

1. Cuando el Senado como Cámara revisora en el proceso legislativo de reformas a la Constitución, aprueba un proyecto el Presidente procede de la siguiente forma:

I. Envía el texto del proyecto a cada una de las legislaturas de los estados, anexando al expediente los antecedentes y demás elementos de información necesarios para su examen;

II. Recibe de cada Legislatura estatal, los decretos correspondientes, conforme se vayan pronunciando respecto de la aprobación o no del proyecto;

III. Aprobado el proyecto por un mínimo de dieciséis legislaturas estatales, realiza el cómputo correspondiente, informa al Pleno y formula la declaratoria;

IV. Integra un expediente el cual suscribe conjuntamente con un Secretario de la Mesa Directiva del Senado y recaba la firma del Presidente y un Secretario de la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados, de acuerdo con los artículos 23 y 67 de la Ley; y

V. Hecho lo anterior, emite de inmediato la declaración de haber sido aprobadas las reformas, para la remisión del decreto al titular del Poder Ejecutivo Federal, a efectos de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

2. En los recesos, las notificaciones que recibe el Presidente del Senado, en el supuesto señalado en el párrafo anterior, las remite de inmediato al Presidente de la Comisión Permanente para los efectos que corresponde.”

Con este procedimiento de reforma, los artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se han reformado 686 veces¹¹⁵, y se encuentra

¹¹⁵ Dato tomado de la página de la Cámara de Diputados: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm, consultada el 16 de noviembre de 2016,

pendiente un Proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 107 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral. En un análisis de las reformas realizadas, de los 136 artículos de la Constitución sólo 22 artículos no han sufrido reforma alguna, a saber, los artículos: 8, 9, 12, 13, 23, 38, 39, 47, 50, 57, 64, 68, 80, 81, 86, 91, 118, 126, 128, 129, 132 y 136. También es importante resaltar que el artículo que más reformas ha tenido es el artículo 73, que establece las facultades del Congreso de la Unión; este artículo ha sido reformado 77 veces. El artículo 89 que habla sobre las facultades del Poder Ejecutivo ha tenido 18 reformas; la rectoría económica del Estado contenido en el artículo 27 de la Constitución se ha reformado 20 veces. Esto nos lleva a reflexionar que a través de la reforma constitucional se ha cambiado el diseño institucional que originalmente existía.

El pleno de la Suprema Corte ha reconocido la posibilidad ante cambios de circunstancias, adecuar el sentido la norma constitucional, en una jurisprudencia en el 2000, señaló que “ante un precepto constitucional que por su redacción permite la adecuación de su sentido a determinadas circunstancias, ya sea jurídicas, o de otra índole, para fijar su alcance, sin imprimirle un cambio sustancial, debe atenderse precisamente a la estabilidad o modificación que han sufrido esas circunstancias, sin que con ello sea válido desconocer o desnaturalizar los propósitos que llevaron al Constituyente a establecer la disposición en estudio”¹¹⁶. Podemos señalar que el sistema constitucional mexicano también se ha transformado a través de interpretación Constitucional por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diferentes ocasiones.

Es más difícil de percibir los cambios constitucionales a través de la Jurisprudencia que con la reforma constitucional, debido a que es evidente el

¹¹⁶ Registro No. 191673 Localización: Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XI, Junio de 2000 Página: 13 Tesis: P./J. 61/2000 Jurisprudencia Materia(s): Constitucional. INTERPRETACIÓN HISTÓRICA TRADICIONAL E HISTÓRICA PROGRESIVA DE LA CONSTITUCIÓN.

cambio en el texto por la reforma, en tanto que en ocasiones pasan desapercibidos los sutiles cambios que se van generando con líneas jurisprudenciales en la forma que operamos la Constitución, sin embargo, existen líneas jurisprudenciales que si hacen patente el cambio de nuestro sistema constitucional. Podemos resaltar dos ejemplos, que tienen relación con el mismo artículo pero con temas diferentes; el primero en relación a la jerarquía normativa en México, y el segundo, sobre el control constitucional difuso.

En cuanto a la jerarquía normativa, se han desarrollado diferentes criterios jurisprudenciales interpretando la primer parte del artículo 133 de la Constitución que señala: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión”. Este apartado ha sido interpretado para ubicar la posición de los Tratados Internacionales en relación con otras normas de diferentes maneras, aclaramos que en este momento no es objeto de nuestro estudio la línea jurisprudencia, por lo que no entraremos al estudio de las razones que sostuvieron los diferentes órganos jurisdiccionales para darle un sentido al texto del artículo 133, simplemente hacemos patente como ha cambiado su interpretación y la implicación evidente que ha tenido eso en nuestro sistema.

Una de las posturas fue que el artículo contiene “una regla de conflicto a que deben sujetarse las autoridades mexicanas, pero conforme a la misma no puede establecerse que los tratados sean de mayor obligación legal que las leyes del Congreso”¹¹⁷. En esa línea se continuó el desarrollo interpretativo para sostener que el artículo “adopta la regla de que el derecho internacional es parte del nacional, ya que si bien reconoce la fuerza obligatoria de los tratados, no da a

¹¹⁷ Época: Séptima Época Registro: 250697 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Volumen 151-156, Sexta Parte
Materia(s): Administrativa, Constitucional Tesis: Página: 195 TRATADOS INTERNACIONALES.
EL ARTICULO 133 CONSTITUCIONAL, ULTIMA PARTE, NO ESTABLECE SU OBSERVANCIA
PREFERENTE SOBRE LAS LEYES DEL CONGRESO DE LA UNION EMANADAS DE LA
CONSTITUCION FEDERAL.

éstos un rango superior a las leyes del Congreso de la Unión emanadas de esa Constitución, sino que el rango que les confiere a unos y otras es el mismo”¹¹⁸. Las implicaciones de que tengan paridad de rango, implica que entre ellas no podrían utilizarse como un mecanismo de control sobre la otra, y así lo determinó el Pleno de la Suprema Corte en mil novecientos noventa y dos, al sostener que “de conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa”¹¹⁹.

Posteriormente, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia la Nación cambia el criterio al resolver el 11 de mayo de 1999, el amparo en revisión 1475/98, promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, en el que sostiene que los tratados internacionales se ubican manera inmediata inferior a la Constitución, y que su jerarquía es superior sobre el derecho federal y el local, razonando que:

Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio

¹¹⁸ Época: Séptima Época Registro: 250698 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Volumen 151-156, Sexta Parte Materia(s): Administrativa, Constitucional Tesis: Página: 196 TRATADOS INTERNACIONALES Y LEYES DEL CONGRESO DE LA UNION EMANADAS DE LA CONSTITUCION FEDERAL. SU RANGO CONSTITUCIONAL ES DE IGUAL JERARQUIA.

¹¹⁹ Época: Octava Época Registro: 205596 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Núm. 60, Diciembre de 1992 Materia(s): Constitucional Tesis: P. C/92 Página: 27 LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUIA NORMATIVA.

de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados."

A partir de ese criterio, la Suprema Corte, fue ratificando la posición de los tratados internacionales. En 2007 el Pleno siguiendo el desarrollo jurisprudencial y análisis del artículo 133 de la Constitución, determinó la diferencia entre Leyes Federales y Leyes Generales¹²⁰, y asimismo, los ubicó de manera jerárquica, señalando que "los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales"¹²¹.

¹²⁰ Novena Época Registro: 172739 Instancia: Pleno Tesis Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Abril de 2007 Materia(s): Constitucional Tesis: P. VII/2007 Página: 5

LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. La lectura del precepto citado permite advertir la intención del Constituyente de establecer un conjunto de disposiciones de observancia general que, en la medida en que se encuentren apegadas a lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituyan la "Ley Suprema de la Unión". En este sentido, debe entenderse que las leyes del Congreso de la Unión a las que se refiere el artículo constitucional no corresponden a las leyes federales, esto es, a aquellas que regulan las atribuciones conferidas a determinados órganos con el objeto de trascender únicamente al ámbito federal, sino que se trata de leyes generales que son aquellas que pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano. Es decir, las leyes generales corresponden a aquellas respecto a las cuales el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran el Estado Mexicano, lo cual se traduce en una excepción al principio establecido por el artículo 124 constitucional. Además, estas leyes no son emitidas motu proprio por el Congreso de la Unión, sino que tienen su origen en cláusulas constitucionales que obligan a éste a dictarlas, de tal manera que una vez promulgadas y publicadas, deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del Distrito Federal y municipales.

¹²¹ Época: Novena Época Registro: 172650 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXV, Abril de 2007 Materia(s):

Ya en el 2011, a partir de la reforma constitucional de Derechos Humanos¹²², se empieza a interpretar el artículo 133 no de manera aislada, sino en relación al artículo 1º Constitucional, en especial conforme al segundo párrafo que señala “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. Aquí la línea jurisprudencial varía, pero esto ya no es sólo por cambio de criterios sino por la reforma constitucional. Pero también es pertinente señalar que el alcance de los Tratados Internacionales en relación con la Constitución también ha tenido un desarrollo en el que se ubicaban como en el mismo nivel jerárquico de la Constitución hasta la tesis actual de parámetro de regularidad¹²³.

Constitucional Tesis: P. IX/2007 Página: 6 TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.

¹²² Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 06 de junio de 2011.

¹²³ Época: Décima Época Registro: 2006224 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 5, Abril de 2014, Tomo I Materia(s): Constitucional Tesis: P./J. 20/2014 (10a.) Página: 202 DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano. Contradicción de tesis 293/2011.

Otro ejemplo de como se ha reformado el sistema constitucional vía jurisprudencia, en lo que la Suprema Corte ha interpretado en cuanto a la segunda parte del artículo 133, que señala “Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas”¹²⁴. En este artículo podríamos entender que se habilita un mecanismo de control constitucional difuso, en el que obliga a los Jueces de los Estados, ahora con la reforma, Entidades Federativas, a desaplicar las normas que fueran contrarias a la Constitución Federal, sin embargo, la Suprema Corte, razonó que: “el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto”¹²⁵. Esto es, como existe el juicio de amparo, como mecanismo de control constitucional, el control constitucional difuso por parte de jueces de las Entidades Federativas no son necesarias. Esta situación de limitar el control constitucional difuso, cambió hasta la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos en junio de 2011.

Por otro lado, también se ha modificado el sistema constitucional, atendiendo a la modificación a sus presupuestos. Como ejemplo podemos señalar la concepción que teníamos de Garantías Individuales, como derechos subjetivos públicos oponibles al Estado. El texto de la Constitución de 1917 señala en el artículo 1º, que: “En los estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que

¹²⁴ Se aclara que el texto de ese apartado del artículo 133 de la Constitución fue reformado el 29 de enero de 2006, para cambiar la palabra “Estado” por “Entidad Federativa”, como parte de las reformas que cambiaron al Distrito Federal en Ciudad de México. No obstante, esa reforma no cambia las implicaciones que tenía para el ejemplo que queremos señalar de cambios en el sistema constitucional vía interpretación por parte de la SCJN.

¹²⁵ No. Registro: 193,435 Jurisprudencia Materia(s): Constitucional Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta X, Agosto de 1999 Tesis: P./J. 74/9 Página: 5. CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.

otorga esta Constitución, las cuales no podrá restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”.

La redacción del artículo presupone una ideología positivista. En la que los Derechos humanos son producto de voluntad, el Estado otorga los Derechos, no los reconoce. Y así lo sostenía el Pleno de la Suprema Corte, las Garantías Individuales “no pueden ser otorgadas sino por una Constitución o Ley Fundamental, y no se hacen eficaces y prácticas sino por el medio que establece la misma ley que las otorga”¹²⁶. Esa tesis derivó de un Amparo en revisión resuelto el 26 de septiembre de 1917, pero en 1933, La primera Sala de la Suprema Corte, estableció un criterio que cambiaba el presupuesto teórico:

“Siendo los derechos del hombre los caracteres esenciales de la naturaleza humana, puede afirmarse que siempre que se trate de un individuo, basta esta circunstancia para que se le reconozcan todos los derechos inherentes a su propia naturaleza y como éstos le son indispensables para su conservación y desarrollo, su condición jurídica normal, respecto de ellos, viene a ser la de estar en el pleno goce de todos los que le son propios”¹²⁷.

Este cambio de criterio, no implica nada más cambio de interpretación o de jurisprudencia, lo que implica es un cambio teórico que tiene diferentes consecuencias. Como el razonamiento de su origen, su protección, y las obligaciones de las autoridades en relación a los derechos del hombre y no de las garantías individuales. Ese cambio teórico es el presupuesto, lo que reconocemos como Derecho. Sin embargo, este criterio no duró mucho, se regresó a la idea de garantías individuales y su origen por la Constitución y no por la naturaleza del hombre.

¹²⁶ Época: Quinta Época Registro: 292156 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo I Materia(s): Constitucional Tesis: Página: 337 GARANTIAS INDIVIDUALES.

¹²⁷ Época: Quinta Época Registro: 313488 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo XXXVII Materia(s): Común Tesis: Página: 560 GARANTIAS INDIVIDUALES, VIOLACION DE LAS.

Si tomamos la concepción que las Garantías Individuales son otorgadas por la Constitución, y no tienen su origen fuera de ahí, entonces quedaría muy claro que no puede haber más garantías que las expresamente contenidas, quedando prohibida cualquier interpretación que extendiera más allá del texto constitucional. En la Séptima Época del Semanario Judicial, se desarrolló un criterio contrario a esta concepción, en el que sostenían que:

“Las garantías constitucionales no deben tomarse como un catálogo rígido, invariante y limitativo de derechos concedidos a los gobernados, que deba interpretarse por los tribunales de amparo en forma rigorista, porque ello desvirtuaría la esencia misma de dichas garantías. Más bien debe estimarse que se trata de principios o lineamientos vivos y sujetos a la evolución de las necesidades sociales, dentro del espíritu que animó al Constituyente al establecerlos. De lo contrario, se desvirtuaría la función esencial de las garantías constitucionales y del juicio de amparo, al entenderlas y aplicarlas en forma que hiciera sentir opresión a los gobernados, y limitación en la defensa de sus derechos, en vez de hacer sentir el ambiente de derecho y libertad que con dichas garantías se pretendió establecer en el país. No sería posible aplicar en la actual complejidad política, económica y social de un medio cambiante, rigorismos literales de normas que contienen principios e ideas generales, pero que no pudieron siempre prever necesariamente las consecuencias de dichos principios”¹²⁸.

El artículo 1º Constitucional fue reformado por vía del artículo 135, y ahora señala que: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”. Pero como podemos ver, un cambio en el presupuesto o fundamento de lo que entendemos por Derecho, produce también cambios en el sistema constitucional.

¹²⁸ Época: Séptima Época Registro: 255644 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Volumen 62, Sexta Parte Materia(s): Común Tesis: Página: 39. GARANTIAS INDIVIDUALES, ALCANCES DE LAS.

I.4. Los límites de la Reforma Constitucional.

La Constitución trae implícita la idea de jerarquía normativa, lo que nos lleva a analizar la clasificación de jerarquía estática y jerarquía dinámica. Por jerarquía estática debemos entender aquella en la cual una norma de rango inferior debe adecuar su contenido a la norma de rango superior para considerarse válida, en tanto que por jerarquía dinámica debemos comprender que la norma inferior se ha producido de acuerdo a las formalidades establecidas en la norma de rango superior¹²⁹. Así, si sostenemos que la constitución tiene esta doble cualidad de jerarquía, esto debe impactar todas las normas derivadas de las normas de producción jurídica establecidas en el ordenamiento constitucional, incluyendo la reforma constitucional.

La idea de jerarquía normativa no se empieza a estructurar sino hasta 1453, con la Ordenanza Montil-les Tours, de Carlos VII en el que recopila por escrito todas las costumbres del Reino, “este actuación implica que desde ese preciso instante las costumbres serán obligatorias, por razón de ser antiguas, sino porque el rey ha ordenado que sean aplicables”¹³⁰. Esta ordenanza no entra inmediatamente en efecto, pero la idea de estructuración de las normas, y su positivización es el que permite ya empezar a analizar de manera estructurada el poder político. Pues escritas y obligatorias las costumbres, la obligatoriedad de juzgar conforme a esas

¹²⁹ Sobre este tema, véase a Kelsen, que señala que el orden jurídico no tiene una jerarquía estática sino sólo dinámica, ya que “una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica, presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta”, en, Kelsen, Hans, Op. Cit., *Nota 35*, PP. 203-205; sin embargo, no nos ajustamos a esta postura, pero por la claridad de la explicación que realiza, consideramos pertinente traer el argumento y sostener que efectivamente la Constitución tiene esta doble calidad de jerarquía: dinámica y estática.

¹³⁰ Troper Michel, *La estructura del sistema jurídico y el nacimiento del Estado*, Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, No. 4, marzo-agosto, 2013, P. 14

costumbres positivizadas fue una consecuencia natural, y como corolario la certeza en las relaciones jurídicas y previsibilidad en el ejercicio del poder político.

Así, la teoría jurídica sirve para analizar y describir el ejercicio del poder político, pues no podríamos comprender el poder político desde una perspectiva exclusivamente sociológica. El Estado es un concepto jurídico, y sus elementos también son constituidos a partir de teorías jurídicas, por lo que conocer dichas teorías y conocer las normas jurídicas nos servirán para analizar la estructura y función del poder político a través de un orden normativo específico, para describir la distribución ejercicio del poder político en un Estado determinado.

Se puede concebir como constitución como el establecimiento de un acuerdo general formulada sobre los valores primeros, que en el juicio de los individuos que constituyen el colectivo son el fundamento de su convivencia política, valores primeros expresados principalmente en una tabla de derechos fundamentales, cuya garantía es para los individuos la condición de aceptabilidad para obedecer el poder político. Y también como la estructura y formas de ejercicio de poder político mismo, es decir, de las instituciones y las reglas para llegar a la formación y ejecución de las decisiones colectivas, políticas, legítimas. En esta perspectiva debemos tomar cuatro puntos muy importantes: 1) las decisiones políticas en general, todas las decisiones de los poderes públicos se consideran legítimas bajo la condición de que no solamente sean asumidas por los órganos autorizados, sino que también resulten compatibles con la garantía con los derechos establecidos en otras normas del pacto constitucional, la decisiones políticas van a considerarse legítimas sino contrastan, sino más bien promueven o empujan la garantía de los derechos; 2) la así llamada de manera muy compleja la división de poder o separación de poderes (no son términos equivalentes), de una cierta forma se le considera una meta-garantía de la garantía de los derechos, porque la concentración del poder de la decisión colectiva, se le considera una amenaza potencial para la garantía de los derechos; 3) Meta-garantía para ambos (derechos y división de poderes) se le considera a la rigidez de las normas que los establecen, rigidez de las normas de la constitución, en otras palabras la no

modificabilidad de aquellas normas por actos ordinarios de poder político; 4) meta-garantía de todas las garantías, se le considera al control jurisdiccional de legitimidad de todos los poderes (los tribunales constitucionales).

De tal manera la reforma constitucional vista desde la división de poderes puede cumplir con una función de garantía de supremacía constitucional, y por lo tanto, debemos poder hablar de límites del ejercicio del poder político cuando se trata de reforma constitucional, para que no cualquier cambio dado por el poder político se pueda entender como válido, y más cuando vaya en contra del orden de valores que se aspira.

La demagogia puede llegar a afectar este orden constitucional democrático, si dejamos en manos de la colectividad ebria de demagogia, podría trastocar esos valores que previamente se ha fijado, por eso los límites son muy importantes. Jon Elster lleva la teoría del precompromiso al diseño y teoría constitucional, pero con algunas reservas. El precompromiso es un acto de autolimitación llevado a cabo por un agente con el propósito de alcanzar un mejor resultado, según se prevé la preferencia en el momento de la acción de auto-limitarse, que del que podría lograr si hubiese retenido su completa libertad de actuar en el momento futuro¹³¹. Aplicado a la teoría constitucional, Jon Elster maneja el precompromiso con la metáfora de que las constituciones son cadenas impuestas por Pedro sobrio, sobre Pedro ebrio¹³². En ese sentido, en material constitucional, se establecen mecanismos para que las cuestiones de orden constitucional, no sean tomadas en momentos en el que el estado emocional de la colectividad pueda ser llevada por la pasión, un tipo de mecanismo de precompromiso que se puede implementar en materia de reforma constitucional, es que sean dos periodos legislativos los necesarios para que culmine el proceso de revisión constitucional, ya sea que requiera de la aprobación de ambos integrantes de los periodos legislativos o que sea propuesto en uno y aprobado en otro periodo.

¹³¹ Elster, Jon, *Don't burn your bridge before you come to it: Some Ambiguities and Complexities of Precommitment*, Texas Law Review, Vol. 81, 2003, P. 1783

¹³² Ídem, P. 1765

No obstante lo anterior, y aquí es donde se asienta el terreno de las reservas que Elster indica para la teoría del precompromiso en el diseño constitucional, nos señala que lo común es que los momentos constitucionales se den en momentos de pasión y no de razón o interés¹³³. Por lo que debemos tomar en cuenta que muchos precompromisos establecidos en la Constitución podrían tener su origen en esta pasión y provocar que dichos precompromisos sean para que la mayoría nunca pierdan su ventaja. De suerte que para evitar ese tipo de precompromisos, se puede institucionalizar la desconfianza, a través de instituciones no democráticas que tendrán alguna función de control o fiscalización que impida que la mayoría manipule las condiciones del Estado para que nunca tenga que ceder el poder.

En cuanto a reformas constitucionales, Elster señala que es importante que existan las condiciones de precompromiso suficiente en el proceso de revisión constitucional para evitar que una pequeña mayoría haga cambios constitucionales, lo mismo que una mayoría no duradera tenga dificultad en lograr esa posibilidad¹³⁴. Por otro lado, los mecanismos de precompromiso aplicables en la reforma constitucional, como mayorías calificadas y procesos de revisión retardados por dos periodos de aprobación, generan una problemática en la revisión constitucional; por un lado, se estimaría como lo más óptimo que los cambios constitucionales se realicen durante periodos de deliberación calmada, y por otro, que dichos cambios surjan de un consentimiento popular movilizado por los procesos democráticos, para que adquieran su legitimidad, no obstante, para lograr esas mayorías calificadas se necesita persuadir a partir de valores o necesidades comunes, lo que nos llevaría a un estado motivacional de razón a uno de interés. De igual manera, al intentar movilizar la voluntad mayoritaria poblacional se puede salir de esa esfera de razón y de interés, para llegar a la pasión, lo que implicaría detrimento la deliberación calmada. Lo anterior nos lleva

¹³³ Ídem, P. 1768

¹³⁴ Ídem, P. 1783

a concluir que las decisiones constitucionales, suelen tomar dependiendo de las circunstancias, estados emocionales de interés, pasión o razón.

Como podemos ver, en momentos posteriores a la construcción constitucional, es decir, en procesos de revisión, la pasión no estará ausente del todo en toma de decisiones constitucionales, por lo que el populismo y demagogia siempre serán en alguna medida, parte de una democracia, por eso se tiene que construir los modelos de forma de gobierno de tal manera que puedan dar cuenta de este fenómeno, impulsar la deliberación y evitar que los valores o fines como los derechos fundamentales, puedan estar al alcance de un populismo demagógico que los anule.

Estos precompromisos pueden verse como límites que se van fijando que pueden ser tanto formales como materiales. Lo importante es no permitir que mayorías puedan cambiar el orden de valores y oprimir minorías. Nogueira sostiene “los límites a la reforma constitucional constituyen impedimentos que se establecen deliberadamente a la revisión de ciertos contenidos asegurados por la Constitución, imposibilitando así la reforma o eliminación de dichas instituciones y respetando la continuidad constitucional”¹³⁵. Claro, en estas posturas se refleja que se han realizado de manera expresa estos límites.

Pero también hay posiciones que establecen que los procedimientos de reforma constitucional, con todo y su rigidez, no limita al pueblo para hacer los cambios que quiera realizar. Akhil Reed Amar sostiene que el procedimiento de reforma Constitucional contenido en el Artículo V de la Constitución de Estados Unidos, está redactado exclusivamente para habilitar a los poderes constituidos de realizar cambios constitucionales, sin embargo, dicho artículo no limita que la soberanía popular realice modificaciones a la constitución por otros medios –como consulta

¹³⁵ Nogueira Alcalá Humberto, “Poder Constituyente y Reforma Constitucional: Enfoque teórico y concreción práctica al caso chileno”, en Torres Estrada, Pedro R., Núñez Torres, Michael, La reforma constitucional. Sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado, Porrúa, México, 2010, P. 339

directa y ratificación plebiscitaria-, si así lo decide. Reed sostiene que el derecho de realizar cambios constitucionales por medio de la soberanía popular, es uno de los no enumerados por su Constitución, pero que se puede evidenciar de acuerdo a la lectura del Preámbulo, los Artículos V y VII, así como de la Primera, Novena y Décima enmienda. Señala el autor que desde la época de los fundadores se entendía que la población era la fuente de todo el poder del Gobierno, y por tanto la población mantenía en todo momento la posibilidad de modificar o anular la forma de gobierno, para hacer efectiva su seguridad y felicidad¹³⁶.

Todavía se pone más complejo cuando hablamos de límites no explícitos. William Marbury, señala que es inherente a la reforma constitucional los límites en su ejercicio, sostiene que “It may be safely premised that the power to “amend” the Constitution was not intended to include the power to destroy it”¹³⁷. Uno de los límites materiales que impone a la reforma de la constitución, es el pacto federal; una reforma constitucional no debe afectar a la Unión de los Estados o a un Estado en específico¹³⁸.

Ricardo Guastini, expone una clasificación de los límites en la reforma Constitucional, a saber: a) límites expresos o textuales y; b) Límites no expresos. Dentro de este último, encontramos una subclasificación, límites implícitos que deducen del texto de la constitución a través de su interpretación y límites lógicos, que se deducen del propio concepto de constitución y reforma constitucional¹³⁹.

¹³⁶ Véase Reed Amar, Akhil, “Popular Sovereignty and Constitutional Amendment”, in in Levinson Sanford (editor), *Responding to Imperfection, Theory and practice of constitutional amendment*, Princeton University Press, New Jersey, 1995; Reed Amar, Akhil, *Philadelphia Revisited: Amending the Constitution outside Article V*, The University of Chicago Law Review Vol. 55, No. 4 (Autumn, 1988), p. , disponible en <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/1988Philadelphia.pdf>

¹³⁷ Marbury, William L., *The limitations upon the amending power*, Harvard Law Review, Dec. 1919, Vol. 33, issue 2, P. 225

¹³⁸ “It is not conceivable that the people, when they conferred upon the legislatures of three fourths of the states the power to amend this Constitution, intended to authorize the adoption of any measures, under the guise of amendments, the effect of which would be to destroy, wholly or in part, any of the members of this perpetual Union” Marbury, William L., Ídem.

¹³⁹ Guastini Riccardo, *Rigidez Constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento Italiano*, Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, No. 30, 2000, P. 182

Otra postura, sobre los límites de la reforma constitucional es la sostenida por el profesor Brewer Carías, que señala que los límites a la Reforma Constitucional son

“en primer lugar, los límites que derivan de las propias regulaciones constitucionales en cuanto al procedimiento de revisión constitucional; en segundo lugar, los límites que derivan de las denominadas cláusulas pétreas o inmodificables; en tercer lugar, los límites que derivan del funcionamiento de los órganos constituidos del Estado durante el proceso de reforma o enmienda constitucional; en cuarto lugar, los límites derivados de circunstancias excepcionales; y en quinto lugar, los límites temporales”¹⁴⁰.

Aunque actualmente, se pueden encontrar muchas posturas sosteniendo el límite de las reformas constitucionales, también han existido posturas contrarias, como Carré de Malberg, que siguiendo la idea de que el acto de fundación del Estado, es único, argumenta que

“cuando haya lugar a poner en movimiento al poder constituyente para modificar o derogar la Constitución en vigor, de ningún modo será indispensable recurrir al pueblo, convocar a todos los ciudadanos como si se tratara para ellos de fundar de nuevo, mediante una especie de contrato social, la nación y el Estado; tampoco será necesario proceder por vía revolucionaria, sino que bastará con hacer intervenir a aquellos órganos que la Constitución misma, la Constitución que ha de revisarse o reemplazarse, dispuso por anticipado al ejercicio regular y pacífico del poder constituyente de la nación”¹⁴¹.

Esta postura es tan radical, que inclusive autoriza un reemplazo de una Constitución, que se puede dar por muchas razones, sin necesidad la autorización

¹⁴⁰ Brewer-Carías, Allan R., “A manera de Prólogo”, en Torres Estrada, Pedro R., Núñez Torres, Michael, *La reforma constitucional. Sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado*, Porrúa, México, 2010, P. XVII

¹⁴¹ Carré de Malber, R., *Teoría General del Estado*, FCE, México, Segunda edición, Segunda Reimpresión, 2001, P. 1174

de la soberanía popular. De tal manera que si el poder constituido encargado de reforma constitucional puede reemplazar la Constitución, con mayoría de razón podría reformarla sin límite alguno.

Otro doctrinario que ha seguido esta postura, y en perjuicio para México que sigue siendo muy influyente en la teoría constitucional mexicana, es el otrora Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Felipe Tena Ramírez, que en ideas muy similares a Carré de Malber, considera que el poder de revisión de la Constitución es un poder Constituyente Permanente. Y como consecuencia de ello, fijó su postura en el sentido que “a falta de acotación expresa en nuestro texto constitucional, el Constituyente Permanente puede llevar a cabo por vía de adición o reforma cualquiera modificación a la Ley Suprema”¹⁴². Sin embargo, parece que tiene una confusión teórica o falta de precisión en su postura, debido que también sostiene que “por vía de reforma o adición, nada escapa su competencia, con tal de que subsista el régimen constitucional, que aparece integrado por aquellos principios que la conciencia histórica del país y de la época considera esenciales para que exista una Constitución”¹⁴³, y más adelante vuelve a sostener “no se puede expedir una nueva Constitución, pero sí se puede darla de hecho a través de las reformas”. Así, mientras por un lado parece sostener que como no hay límites expresos en la Constitución mexicana, el poder de reforma puede realizar cualquier cambio, posteriormente menciona como límites implícitos los principios del régimen constitucional y la conciencia histórica para después señalar que el poder constituyente permanente podría cambiar incluso de Constitución¹⁴⁴.

Esta doctrina ha sido seguida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde el primer caso que se presenta tratándose de impugnar una reforma a la Constitución en 1935. La Segunda Sala de la SCJN determinó que:

¹⁴² Tena Ramírez, Felipe, Derecho Constitucional Mexicano, Porrúa, Trigésima Séptima Edición, México, 2005, P. 56

¹⁴³ Tena Ramírez, Felipe, Derecho Constitucional Mexicano, Porrúa, Trigésima Séptima Edición, México, 2005, P. 58

¹⁴⁴ Que analizando la Constitución en México, tal vez eso ya ha sucedido en más de una ocasión.

“La República Mexicana, como Estado soberano, tiene el ilimitado derecho de darse, en todo tiempo, las bases constitutivas a la organización de su gobierno y determinar las condiciones y prerrogativas de los ciudadanos y garantías individuales. Siendo innegables estos derechos, como inherentes a la soberanía, las reformas a la Constitución que viene a establecer una nueva situación jurídica, aun cuando afecten situaciones o derechos creados al amparo de una ley anterior, no son violatorios de garantías individuales, ya que éstas, que no tienen otra vida jurídica que la que les da la propia Constitución, están sujetas a las restricciones que determine la propia Carta Magna, como se expresa en el artículo 1o., mismo que proclama la existencia de las garantías del individuo.”¹⁴⁵

La argumentación manejada aleja la soberanía del pueblo y al parecer la deposita en la Nación, pues es la República la que tiene el ilimitado derecho de reorganizar su organización político jurídico.

Si somos congruentes con la teoría constitucional que hasta aquí hemos expuestos, deberíamos reconocer límites a la reforma constitucional, incluso cuando no estén expresos en el texto de la Constitución, es decir, debemos reconocer la existencia de límites implícitos en la función de reforma de la constitución.

¹⁴⁵ Época: Quinta Época Registro: 816578 Instancia: Segunda Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Informes Informe 1935 Materia(s): Constitucional Tesis: Página: 96 REFORMAS A LA CONSTITUCION. AUN CUANDO AFECTEN SITUACIONES O DERECHOS CREADOS AL AMPARO DE UNA LEY ANTERIOR, NO SON VIOLATORIAS DE GARANTIAS INDIVIDUALES.

II. Aproximación al control jurisdiccional sobre reformas constitucionales en el Estado Constitucional.

II.1. Jurisdicción Constitucional como presupuesto necesario de la Supremacía Constitucional.

Como vimos, el constitucionalismo trae como rasgo característico la idea de límite al poder¹⁴⁶, es decir, la sujeción de la voluntad política a la racionalidad del Derecho, sin embargo, en el mundo contemporáneo estos límites establecidos en la Constitución difícilmente pueden ser entendidos si no existen mecanismos de control sobre actos de autoridad que los vulneren; cuando estos mecanismo se realizan a través de los tribunales u órganos jurisdiccionales se configura la Jurisdicción Constitucional¹⁴⁷. Desde el Federalista, se ha sostenido que la Función Jurisdiccional sea la garante de la supremacía constitucional, lo que podemos ver con la idea de Hamilton expresada en el capítulo LXXVIII del Federalista, “por constitución limitada entiendo la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa... las limitaciones de esta índole sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta”¹⁴⁸. Función

¹⁴⁶ Como señala Charles McIlwain, “in all its successive phases, constitutionalism has one essential quality: it is a legal limitation on government; it is the antithesis of arbitrary rule; it is opposite is despotic government, the government of will instead of law. In modern times the growth of political responsibility has been added...but the most ancient, the most persistent, and the most lasting of the essential of true constitutionalism still remains what it has been almost from the beginning, the limitation of government by law”, en McIlwain, Charles Howard, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Indianapolis, Liberty Found Inc., Revised edition, 1947, P. 21

¹⁴⁷ Sobre la importancia de la jurisdicción constitucional como límite a los poderes podemos ver a Klaus Stern cuando señala que “si no se hubiera conformado una jurisdicción constitucional, decidiría automáticamente el legislador si se ajusta al marco constitucional o no, ya que no hay ningún órganos sobre él que supervise los límites constitucionales”, en Stern Klaus, *Jurisdicción Constitucional y Legislador*, Dykinson, Madrid, 2009, PP. 36-37

¹⁴⁸ Hamilton, A., Madison, J, Jay, J, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, 2da reimpresión de la 2da edición, México, 2006, P. 331.

que se fortaleció cuando el Justicia Marshall institucionalizó el *judicial review* en 1803, al resolver el caso Marbury v. Madison¹⁴⁹.

Kelsen explicaba que “la garantía Jurisdiccional de la Constitución –la justicia constitucional- es un elemento del sistema de los medios técnicos que tiene por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales”¹⁵⁰. Así, la idea de regular las funciones estatales, actualmente la jurisdicción constitucional, abarca más que el control constitucional de leyes, también contempla los mecanismos jurisdiccionales de protección a los derechos fundamentales (habeas data, habeas corpus, derechos político electorales), así como el control sobre las competencias constitucionales de los poderes públicos.

Tradicionalmente se han entendido dos modelos de control constitucional: concentrado y Difuso. El modelo concentrado es generalmente atribuido a Kelsen con su tribunal constitucional, y el modelo de control constitucional difuso es atribuido al sistema norteamericano de *judicial review of law* establecido por el Justicia Marshall. Las diferencias entre uno y otro son sencillas de visualizar. El modelo de control concentrado se caracteriza por ser: a) Concentrado.- Esto porque corresponde a un órgano, normalmente a un Tribunal Constitucional, determinar si una ley o acto son constitucionales; Principal.- La acción que se ejerce es de constitucionalidad, es decir, el objeto de la instancia es determinar la constitucionalidad o no del acto; General.- Debido a los efectos de la resolución alcanzan más allá de las partes involucradas en el juicio; Constitutivo.- Debido a que puede expulsar la norma que ha sido declarada inconstitucional y con ello una modificación en el ordenamiento jurídico. En tanto que el modelo de control constitucional difuso, se caracteriza por ser: a) Difuso.- En razón que la competencia de determinar la constitucionalidad de una ley o acto corresponde a todos los jueces y no a un órgano en específico; Incidental.- La acción que se ejerce no es de constitucional, el problema de constitucionalidad de la ley o acto

¹⁴⁹ Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).

¹⁵⁰ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*, IJ-UNAM, México, 2001, P. 10

se presenta a partir de una Litis diversa; Especial.- Los efectos del fallo se limitan a las partes, lo declarado en la resolución de control constitucional difuso no alcanza a otras personas; Declarativo.- Se limita a determinar la inaplicabilidad de la norma y no a expulsarla del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, como señala Pérez Tremps “en la actualidad, mantener esa dicotomía entre modelo concentrado o kelseniano, y modelo difuso o norteamericano, resulta muy difícil ya que la misma división se ha visto superada por el desarrollo de otros modelos en los que conviven técnicas procesales de control concentrado con técnicas de control difuso, y en el que órganos jurisdiccionales *ad hoc* conviven y a veces se integran con órganos judiciales ordinarios que desarrollan tareas de defensa y de control de constitucionalidad”¹⁵¹. En México igual que en muchos lugares, se ha desdibujado esa línea de clasificación de los modelos de control constitucional, y se tiene un sistema mixto.

En México, el artículo 133 de la Constitución, estableció la posibilidad normativa para que se ejerciera el control constitucional difuso, pues establecía que: “Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”. Como veremos a continuación este modelo de control difuso de la constitución en México no ha sido en todo momento observado.

En la Quinta Época¹⁵² del Semanario Judicial de la Federación, se tenía claro por varios criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la posibilidad de ejercer el control constitucional difuso¹⁵³. En la Sexta Época¹⁵⁴, la Tercera Sala de

¹⁵¹ Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, Porrúa, México, 2005, PP. 47-49

¹⁵² La Quinta Época del semanario abarca del 1 de Junio de 1917 a 30 de junio de 1957.

¹⁵³ No. Registro: 287,393 Tesis aislada Materia(s): Constitucional Quinta Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación IX Tesis: Página: 567 CONSTITUCION FEDERAL. Debe prevalecer sobre todas las demás leyes y los Jueces de cada Estado se arreglarán a lo mandado por dicha Constitución, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las leyes de los Estados; No. Registro: 290,461 Tesis aislada Materia(s): Constitucional Quinta Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación III Tesis: Página: 664 CONSTITUCION FEDERAL. Es la Ley Suprema en la República que está por encima de todos los mandamientos y rige cualesquiera que sean las autoridades que en éstos intervengan; No.

la Suprema Corte mantuvo que aunque los jueces locales no puedan hacer una declaratoria de inconstitucionalidad, tienen la obligación de aplicar primero la Constitución ante una ley ordinaria que la contraviniera de manera directa y manifiesta¹⁵⁵. En la Séptima Época¹⁵⁶ del Semanario Judicial, el control constitucional difuso empieza a debilitarse como sistema, la Tercera Sala de la Suprema Corte sostuvo que sólo el Poder Judicial Federal a través del juicio de amparo podría hacer un examen de constitucionalidad de las leyes, esto debido a que “nuestro derecho público admite implícitamente que, conforme al principio de la división de poderes, el órgano judicial está impedido de intervenir en la calificación de inconstitucionalidad de los actos de los otros poderes, a menos que a ese órgano se le otorgue una competencia expresa para ese efecto, como ocurre en la Constitución Federal cuando dota al Poder Judicial de la Federación de la facultad de examinar la constitucionalidad de los actos de cualquier autoridad”¹⁵⁷. Siguiendo esos criterios, los Tribunales Colegiados de Circuito sostuvieron que no pueden hacer examen de constitucionalidad que implicara una interpretación, y que “sólo podrán abstenerse de aplicar una ley local, por estimarla inconstitucional, cuando su texto sea directamente violatorio de un mandato constitucional, sin necesidad de efectuar ninguna interpretación de ambos textos, como sería, por ejemplo, el caso de que una ley local estableciese

Registro: 290,78 Tesis aislada Materia(s): Constitucional Quinta Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación III Tesis: Página: 1180 CONSTITUCION FEDERAL. Sus disposiciones deben prevalecer sobre cualesquiera leyes que se dicten y que sean contrarias a su espíritu; No. Registro: 291,954 Tesis aislada Materia(s): Constitucional Quinta Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación II Tesis: Página: 1558 CONSTITUCION FEDERAL. Es la Ley Suprema de la Nación y debe ser obedecida sin obstáculos ni observaciones.

¹⁵⁴ La Sexta Época del semanario abarca del 1 de julio de 1957 a 15 de diciembre de 1968.

¹⁵⁵ Registro: 270759 Época: Sexta Época Instancia: Tercera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Volumen LX, Cuarta Parte Materia(s): Constitucional Tesis: Página: 177 CONSTITUCION. SU APLICACION POR PARTE DE LAS AUTORIDADES DEL FUERO COMUN CUANDO SE ENCUENTRA CONTRAVENIDA POR UNA LEY ORDINARIA.

¹⁵⁶ La Séptima Época del semanario abarca del 1 de enero de 1969 a 14 de enero de 1988.

¹⁵⁷ Registro: 242028 Época: Séptima Época Instancia: Tercera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Volumen 42, Cuarta Parte Materia(s): Común Tesis: Página: 17 CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, EXAMEN DE LA, IMPROCEDENTE POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMUN.

la pena de mutilación, prohibida explícitamente y sin necesidad de mayor exégesis, por el artículo 22 de la citada Constitución”¹⁵⁸.

Para la Octava Época¹⁵⁹, los criterios del Poder Judicial Federal iban en sentido de anular el control constitucional difuso de nuestro sistema jurídico, el criterio que prevaleció en esa época fue el siguiente: “El control difuso de la constitucionalidad de las leyes, no ha sido aceptado por la doctrina jurisprudencial. Los Tribunales de Amparo se han orientado por sostener que, en nuestro régimen de derecho debe estarse al sistema de competencias que nos rige, según el cual sólo el Poder Judicial de la Federación puede hacer declaraciones de inconstitucionalidad y no tiene intervención alguna la justicia local en la defensa jurisdiccional de la Constitución aun en el caso del artículo 133 de la misma, en relación con el 128 del propio ordenamiento, que impone a los juzgadores la obligación de preferir a la Ley Suprema, cuando la ley del estado o local la contraría, ya que, de acuerdo con los artículos 103 de la ley suprema y primero de la Ley de Amparo, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, es de la competencia exclusiva de los Tribunales Federales de Amparo, y los tribunales locales carecen en absoluto de competencia para decidir controversias suscitadas con ese motivo”¹⁶⁰. En la Novena Época¹⁶¹, el criterio que se estableció en la época precedente se robusteció por jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y determinó que el control judicial de la constitución es exclusiva del poder judicial de la Federación, anulando por completo el control constitucional difuso establecido en el artículo 133 de nuestra Constitución; el argumento expresado por la Suprema Corte fue que “si bien es cierto que los tres Poderes de la Unión deben observar la Ley Suprema, no puede afirmarse que por

¹⁵⁸ Época: Séptima Época Registro: 256503 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Volumen 38, Sexta Parte Materia(s): Común Tesis: Página: 53 LEYES, INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS. COMPETENCIA PARA DECLARARLA.

¹⁵⁹ La Octava Época del semanario abarca del 15 de enero de 1988 a 3 de febrero de 1995

¹⁶⁰ Registro: 228225 Época: Octava Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Tomo III, Segunda Parte-1, Enero-Junio de 1989 Materia(s): Administrativa, Constitucional Tesis: Página: 228 CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES.

¹⁶¹ La Novena Época del semanario abarca del 4 de Febrero de 1995 a 3 de Octubre del 2011.

esta razón, las autoridades puedan, por sí y ante sí, en el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales, examinar la constitucionalidad de sus propios actos o de los ajenos, toda vez que, al respecto, la propia Constitución consagra, en sus artículos 103 y 107, un medio de defensa expreso, por vía de acción, como es el juicio de amparo y lo encomienda, en exclusiva, al Poder Judicial de la Federación, sentando las bases de su procedencia y tramitación”¹⁶². Así, en ese periodo durante la Octava y Novena Época, el modelo de control constitucional difuso dejó de ser aplicado en el sistema de control constitucional mexicano.

Pero tomando en contexto el juicio de amparo, podemos decir que el modelo de control constitucional realmente no era concentrado, era más bien difuso pero excluían a los jueces del fuero común para ejercer este control. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que el Juicio de Amparo se cataloga como un modelo de control concentrado¹⁶³, sin embargo esto realmente no es así. Si recordamos las características de un modelo de control concentrado encontramos que la única que cumple el juicio de amparo es la de ser principal, porque el control de constitucionalidad es el objeto de la Litis o controversia; sin embargo, el juicio de amparo no es concentrado, porque es una pluralidad de autoridades que componen el poder judicial de la federación quienes tienen competencia en el Juicio de Amparo (jueces de distrito, tribunales unitarios de circuito, tribunales colegiados de circuito, las Salas y Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación), tampoco es general debido al principio de relatividad de sentencias, ni constitutivo, atendiendo a que no se expulsa la norma del ordenamiento jurídico¹⁶⁴.

¹⁶² No. Registro: 193,558 Jurisprudencia Materia(s): Constitucional Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta X, Agosto de 1999 Tesis: P./J. 73/99 Página: 18 CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.

¹⁶³ Registro No. 160480 Localización: Décima Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro III, Diciembre de 2011 Página: 557 Tesis: P. LXX/2011 (9a.) Tesis Aislada Materia(s): Constitucional SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO.

¹⁶⁴ Aun y que exista en el artículo 107 fracción II de la Constitución el procedimiento de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad, no podríamos decir que es consecuencia directa del Juicio de Amparo, dado que no se desprende de la sentencia de amparo sino de la existencia de jurisprudencia, además dicho procedimiento de no reunir los ocho votos el proyecto de declaratoria

Sin embargo, a partir de una reforma constitucional en junio de 2011¹⁶⁵, se reafirmó el control constitucional difuso en México. La reforma constitucional estableció en el artículo 1º, párrafo tercero que “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”. La reforma constitucional revivió al artículo 133 de la Constitución.

Debido a la trascendencia de las reformas constitucionales de junio de 2011¹⁶⁶, el 04 de octubre de ese año se abrió la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación, y se cambiaron muchos criterios relacionados con el sistema de control constitucional en México. Actualmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que tenemos “el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto; en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada”¹⁶⁷. Además, que en el modelo de control difuso, debemos entender que también debe ser aplicado el control convencional es officio¹⁶⁸.

general de inconstitucionalidad, puede terminar archivado, sin que llegue a darse la declaratoria; lo que significaría que nunca se expulsaría la norma

¹⁶⁵ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de Junio del 2011.

¹⁶⁶ Es importante señalar que aparte de las reformas en materia de derechos humanos del 10 de junio, el 06 de Junio del 2011 se reformaron los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución

¹⁶⁷ Registro No. 160480 Localización: Décima Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro III, Diciembre de 2011 Página: 557 Tesis: P. LXX/2011 (9a.) Tesis Aislada Materia(s): Constitucional SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO.

¹⁶⁸ No. Registro 160589 Localización: Décima Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro III, Diciembre de 2011 Página: 535 Tesis: P. LXVII/2011(9a.) Tesis Aislada Materia(s): Constitucional CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.

Como menciona Pérez Tremps, “conviven técnicas procesales de control concentrado con técnicas de control difuso”, y en la jurisdicción constitucional en México podemos ver que esto es cierto. Analizado el modelo de control constitucional, en el siguiente apartado, analizaremos el modelo de control constitucional difuso en México en relación a la tutela judicial efectiva.

También a partir de la reforma en junio de 2011 se reintrodujo el control constitucional difuso en el sistema jurídico mexicano, y a la par, el control convencional *ex officio*¹⁶⁹. El control convencional aparece en un voto del Magistrado García Ramírez en el Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala¹⁷⁰, pero se institucionaliza en el Caso Alonacid Arellano y otros vs. Chile, en el que se determinó que:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”¹⁷¹.

¹⁶⁹ No. Registro 160589 Localización: Décima Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro III, Diciembre de 2011 Página: 535 Tesis: P. LXVII/2011(9a.) Tesis Aislada Materia(s): Constitucional CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.

¹⁷⁰ Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003.

¹⁷¹ Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Párrafo 124.

De tal manera, con la reforma al artículo 1 constitucional no sólo se fortaleció el control constitucional sino que se diseñó un parámetro de regularidad de los derechos humanos, que se integra por: “a) todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; b) todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; c) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y d) los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte”¹⁷². Esto condiciona el razonamiento judicial en torno a los derechos humanos, lo que implica que la función jurisdiccional ordinaria tiene una vinculación supra legal.

Si bien el razonamiento judicial dentro de la jurisdicción ordinaria está, como vimos, condicionada en torno a la protección de los derechos humanos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha mantenido la presunción de validez constitucional de la leyes, lo que implica que antes de la inaplicación de la norma, deberá buscar en primer lugar sostener la constitucional de la ley, ya sea prefiriendo la interpretación de la norma que lleve a su constitucionalidad, o buscando hacer una interpretación conforme¹⁷³. Esto refleja que de alguna manera, se mantiene la deferencia al legislador y la Primera Sala de la Suprema Corte, ha señalado que antes de ejercer el control constitucional difuso, el órgano jurisdiccional debe justificar porque se ha destruido la presunción constitucional¹⁷⁴,

¹⁷² Registro: 160526 Época: Décima Época Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1 Materia(s): Constitucional Tesis: P. LXVIII/2011 (9a.) Página: 551 PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

¹⁷³ Registro No. 160 525 Localización: [TA] ; 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011; Tomo 1; Pág. 552. P. LXIX/2011(9a.). PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

¹⁷⁴ Registro: 2010959 Época: Décima Época Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación Publicación: viernes 19 de febrero de 2016 10:15 h Materia(s): (Común) Tesis: 1a. XXII/2016 (10a.) CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. LAS AUTORIDADES JUDICIALES, PREVIO A LA INAPLICACIÓN DE LA NORMA EN ESTUDIO,

lo que pareciera innecesario pues al ejercer el control constitucional se debe argumentar la no aplicación de la norma por violar la constitución, lo que en todo caso implica el análisis constitucional de la norma, mayor justificación para inaplicarla sería inoficioso.

Otro límite que vemos dentro del control constitucional difuso, es la jurisprudencia. No obstante que el segundo párrafo del artículo 1 constitucional establece una obligación a todas las autoridades en el sentido que: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que el razonamiento contenido en las jurisprudencias que determine la Suprema Corte, son el límite interpretativo a los derechos humanos; es decir, ha prohibido la desaplicación de una jurisprudencia no importa si el argumento o la razón para su desaplicación es una mejor interpretación que produce una protección más amplia, y ha sostenido que “aun partiendo del nuevo modelo de interpretación constitucional, no es posible determinar que la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país pueda ser objeto de la decisión de un órgano de menor grado que tienda a inaplicarla, como resultado del ejercicio de control de convencionalidad ex officio, porque permitirlo daría como resultado que perdiera su carácter de obligatoria, ocasionando falta de certeza y seguridad jurídica”¹⁷⁵.

Otro punto que tenemos que tomar en cuenta, es que el autorizado para ejercer control constitucional difuso es el poder judicial, ya sea federal o local. Las

DEBEN JUSTIFICAR RAZONADAMENTE POR QUÉ SE DESTRUYÓ SU PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD.

¹⁷⁵ Registro: 2008148 Época: Décima Época Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 13, Diciembre de 2014, Tomo I Materia(s): Común Tesis: P./J. 64/2014 (10a.) Página: 8 JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUÍA.

autoridades administrativas no tienen autorizado realizar dicho control¹⁷⁶, sin embargo, aún se discute (el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene pendiente de resolver la denuncia relativa a la contradicción de tesis 351/2014), si tribunales administrativos como el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa¹⁷⁷, pueden realizar dicho control por ejercer funciones jurisdiccionales.

Con los criterios desarrollados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación parecía que se había fortalecido el control Constitucional Difuso, y que todos los órganos jurisdiccionales podían realizarlos, pero a ciertos órganos de Amparo, se les restringió el control constitucional difuso¹⁷⁸. A los Tribunales Colegiados de Circuito limitó el ejercicio de control constitucional difuso exclusivamente a las normas que rigen su procedimiento, es decir a la Ley de Amparo, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y el Código de Procedimientos Civiles Federal de aplicación supletoria, pero no podían de manera oficiosa examinar la inconstitucionalidad de una norma que rige el procedimiento de origen del cual deriva el amparo directo¹⁷⁹; el Pleno determinó que los Tribunales Colegiados

¹⁷⁶ Registro: 2007573 Época: Décima Época Instancia: Segunda Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 11, Octubre de 2014, Tomo I Materia(s): Constitucional Tesis: 2a. CIV/2014 (10a.) Página: 1097 CONTROL CONSTITUCIONAL CONCENTRADO O DIFUSO. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN FACULTADAS PARA REALIZARLO.

¹⁷⁷ Registro: 2003838 Época: Décima Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XXI, Junio de 2013, Tomo 2 Materia(s): Común, Administrativa Tesis: I.6o.A.5 A (10a.) Página: 1253 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO (CONTROL DIFUSO). EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA PUEDE EJERCERLO, NO SÓLO RESPECTO DE LAS NORMAS QUE REGULEN SU ACTUACIÓN, SINO DE TODAS LAS NORMAS GENERALES QUE LE CORRESPONDA APLICAR PARA RESOLVER LOS ASUNTOS DE SU COMPETENCIA.

¹⁷⁸ Registro: 2011038 Época: Décima Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 27, Febrero de 2016, Tomo III Materia(s): Común Tesis: III.2o.P.94 P (10a.) Página: 2047 CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL EX OFFICIO. LOS JUZGADOS DE DISTRITO DE AMPARO EN MATERIA PENAL EN EL ESTADO DE JALISCO, NO ESTÁN FACULTADOS PARA EJERCERLO RESPECTO DEL ARTÍCULO 173 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA DICHA ENTIDAD FEDERATIVA, AL TRATARSE DE UNA NORMA QUE RIGE EL JUICIO DE ORIGEN QUE NO LES CORRESPONDE APLICAR.

¹⁷⁹ Registro: 2009816 Época: Décima Época Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 21, Agosto de 2015, Tomo I Materia(s): Constitucional Tesis: P. IX/2015 (10a.) Página: 355 CONTROL DE REGULARIDAD

“pueden emprender el análisis sobre la constitucionalidad de una norma a partir de lo siguiente: (i) en respuesta a la pretensión formulada por el quejoso; (ii) por virtud de la causa de pedir advertida en el planteamiento de los conceptos de violación o en agravios; o bien, (iii) con motivo de la utilización de la institución de la suplencia de la queja deficiente, en términos de la Ley de Amparo que, en ciertas materias, permite ese análisis aun ante la ausencia total de conceptos de violación o de agravios”¹⁸⁰.

Como vimos, con la renovación del control constitucional difuso, se introduce a la par el control convencional *ex officio*, y tanto los tratados en materia de derechos humanos en los que México sea parte, como las criterios de la Corte Interamericana sirven como parámetro de regularidad. Con esto, la función jurisdiccional tiene más herramientas metodológicas para que haga un mejor control constitucional en materia de Derechos Humanos, pues a partir de la obligación constitucional de realizar control convencional se potencializan los derechos humanos, pero al parecer algunos criterios de los Tribunales Colegiados de Circuito, ven en vez de una lógica de principios de los derechos humanos, ven más bien su configuración como reglas, y una competencia entre fuentes de derecho, en especial cuando señalan: “cuando un derecho humano esté reconocido en normas de ámbitos distintos -uno nacional y otro internacional- no debe acudir en todos los casos al derecho externo para resolver un caso concreto, en desmedro del sistema normativo interno; más bien, como requisito previo, el Juez debe realizar un ejercicio de ponderación entre ambas normativas para verificar cuál de ellas otorga una mayor eficacia protectora a la persona, pues sólo cuando la protección internacional es mayor o más eficaz que la nacional, debe ejercerse el control difuso de convencionalidad *ex officio* como parámetro de

CONSTITUCIONAL EX OFFICIO. LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO DEBEN EJERCERLO SÓLO EN EL ÁMBITO DE SU COMPETENCIA.

¹⁸⁰ Registro: 2009817 Época: Décima Época Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 21, Agosto de 2015, Tomo I Materia(s): Constitucional Tesis: P. X/2015 (10a.) Página: 356 CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL EX OFFICIO. LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO NO ESTÁN FACULTADOS PARA EJERCERLO RESPECTO DE NORMAS QUE RIGEN EL JUICIO DE ORIGEN.

solución¹⁸¹”. Cualquiera pensaría que en el ejercicio de control difuso constitucional para la protección de derechos humanos, el control convencional sería complementario para robustecer las razones de inaplicación de las normas, sin embargo, pretenden que sea más subsidiario¹⁸².

En México, dentro del catálogo de medios de jurisdicción constitucional – aparte del control constitucional y convencional ya mencionados- tenemos como mecanismos jurisdiccionales el amparo¹⁸³, las acciones de inconstitucionalidad¹⁸⁴, controversias constitucionales¹⁸⁵, control por determinación constitucional específica¹⁸⁶.

El Juicio de Amparo, como señala el artículo 103 de la Constitución, tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite “por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”. También tiene por objeto lo que se conoce como amparo soberanía¹⁸⁷, pero en realidad opera muy poco.

¹⁸¹ Registro: 2005941 Época: Décima Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 4, Marzo de 2014, Tomo II Materia(s): Común Tesis: (III Región)5o. J/10 (10a.) Página: 1358 CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. CUANDO UN DERECHO HUMANO ESTÉ RECONOCIDO EN NORMAS DE ÁMBITOS DISTINTOS, UNO NACIONAL Y OTRO INTERNACIONAL, EL JUEZ NO DEBE EJERCERLO EN TODOS LOS CASOS PARA RESOLVER UN CASO CONCRETO, SINO REALIZAR UN EJERCICIO PREVIO DE PONDERACIÓN ENTRE AMBAS PARA VERIFICAR CUÁL DE ELLAS CONCEDE UNA MAYOR EFICACIA PROTECTORA A LA PERSONA.

¹⁸² Registro: 2005942 Época: Décima Época Registro: 2005942 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 4, Marzo de 2014, Tomo II Materia(s): Común Tesis: (III Región)5o. J/8 (10a.) Página: 1360 CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. SU APLICACIÓN ES DE NATURALEZA SUBSIDIARIA O COMPLEMENTARIA DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

¹⁸³ Artículo 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁸⁴ Artículo 105 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁸⁵ Artículo 105 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁸⁶ Artículos 41 f. VI y 99 párrafo 6º, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁸⁷ “Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la autonomía de la Ciudad de México, y

El juicio de amparo, en México, reúne toda la protección de habeas corpus, habeas data, casación y protección de todos los derechos humanos por vía de acción.

La controversia constitucional tiene por objeto resolver las controversias se susciten entre: a) La Federación y una entidad federativa; b) La Federación y un municipio; c) El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente; d) Una entidad federativa y otra; e) Dos municipios de diversos Estados; f) Dos Poderes de una misma entidad federativa, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; g) Un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; h) Una entidad federativa y un Municipio de otra o una demarcación territorial de la Ciudad de México, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, i) Dos órganos constitucionales autónomos, y entre uno de éstos y el Poder Ejecutivo de la Unión o el Congreso de la Unión sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

La Suprema Corte ha determinado alcance de la Controversia constitucional señalando que: “la controversia constitucional es un medio de regularidad disponible para los Poderes, órdenes jurídicos y órganos constitucionales autónomos, para combatir normas y actos por estimarlos inconstitucionales...relacionadas con los principios de división de poderes o con la cláusula federal, delimitando el universo de posibles conflictos a los que versen sobre la invasión, vulneración o simplemente afectación a las esferas competenciales trazadas desde el texto constitucional”¹⁸⁸. También ha

III. Por normas generales o actos de las autoridades de las entidades federativas que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.”

¹⁸⁸ Época: Décima Época Registro: 2010668 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I Materia(s): Constitucional Tesis: P./J. 42/2015 (10a.) Página: 33 CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LAS VIOLACIONES SUSCEPTIBLES DE ANALIZARSE EN EL FONDO SON

determinado que la Controversia Constitucional no es un mecanismo de control jurisdiccional preventivo, es decir, la afectación competencial debe ser actual, no inminente¹⁸⁹.

Queda excluida de la Controversia Constitucional, toda aquella que tenga relación con la materia electoral, para ello, el Pleno de la SCJN, determinó que para analizar si versa sobre el tema electoral:

"1) es necesario cerciorarse que en la demanda no se impugnen "leyes electorales" -normas generales en materia electoral-, porque la única vía para analizar su constitucionalidad es la acción de inconstitucionalidad; 2) debe comprobarse que no se combaten actos y resoluciones cuyo conocimiento es competencia de las autoridades de justicia electoral, esto es, que no sean actos en materia electoral directa, relacionada con los procesos relativos al sufragio ciudadano; 3) debe satisfacerse el resto de las condiciones que la Constitución y la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II de su artículo 105 establecen para que se surta la competencia del Máximo Tribunal del país -en particular, que se trate de conflictos entre los poderes públicos conforme a los incisos a) al k) de la fracción I del artículo 105 constitucional."¹⁹⁰

De los temas que hace interesante la Controversia Constitucional, es que como vimos procede contra normas generales, y que sus efectos son también generales. Es decir, si una norma es declarada inconstitucional por el voto de

LAS RELACIONADAS CON EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES O CON LA CLÁUSULA FEDERAL, SOBRE LA BASE DE UN CONCEPTO DE AFECTACIÓN AMPLIO; véase también Época: Novena Época Registro: 193260 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo X, Septiembre de 1999 Materia(s): Constitucional Tesis: P./J. 97/99 Página: 709 CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LOS OBJETIVOS DEL ORDEN JURÍDICO CONSTITUCIONAL SON LA ASIGNACIÓN DE COMPETENCIA Y EL CONTROL DE SU EJERCICIO POR LAS AUTORIDADES DE LOS DEMÁS ÓRDENES JURÍDICOS.

¹⁸⁹ Época: Novena Época Registro: 172233 Instancia: Segunda Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXV, Junio de 2007 Materia(s): Constitucional Tesis: 2a. LI/2007 Página: 902 CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. NO PROCEDE CONTRA CONFLICTOS VIRTUALES O PREVENTIVOS.

¹⁹⁰ Época: Novena Época Registro: 170703 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXVI, Diciembre de 2007 Materia(s): Constitucional Tesis: P./J. 125/2007 Página: 1280 MATERIA ELECTORAL. DEFINICIÓN DE ÉSTA PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DE LA CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL.

ministros dentro de una Controversia Constitucional, dicha norma es expulsada del sistema, cosa diferente de lo que ocurre en el amparo, que con el principio de relatividad de sentencias, solo beneficia al peticionario la declaratoria de inconstitucionalidad; en la Controversia se produce una modificación al sistema al tener la función de legislador negativo la Suprema Corte. Sobre esto, la Suprema Corte ha señalado que por normas generales entiende aquellas que reúnen las características de generalidad, permanencia y abstracción, y con estas características, es procedente la impugnación de Tratados Internacionales vía Controversia Constitucional¹⁹¹.

La Acción de Inconstitucionalidad, contemplada en la fracción II del artículo 105 Constitucional, tienen por objeto plantear la contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución. Al igual que la Controversia Constitucional, la Acción de Inconstitucionalidad resuelta por ocho votos de los Ministros, produce la invalidez de la norma impugnada. Con esto, podemos señalar que también en este medio de control jurisdiccional, la Suprema Corte de Justicia, se erige como legislador negativo, expulsando del ordenamiento jurídico, la norma que estimen violatoria de la Constitución. Es de resaltar, que la Acción de Inconstitucionalidad es improcedente en contra de la omisión legislativa¹⁹². Pero sí procede en contra de decretos que derogan porciones normativas, “pues constituyen actos formales y materialmente legislativos, y no disposiciones que no forman parte del orden jurídico vigente”¹⁹³.

¹⁹¹ Época: Novena Época Registro: 180432 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XX, Septiembre de 2004 Materia(s): Constitucional Tesis: P./J.84/2004 Página: 1258 TRATADOS INTERNACIONALES. SON NORMAS GENERALES Y, POR TANTO, SON IMPUGNABLES EN CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL; Véase también Época: Novena Época Registro: 170678 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXVI, Diciembre de 2007 Materia(s): Constitucional Tesis: P. XXXI/2007 Página: 1079 OMISIONES LEGISLATIVAS. ES IMPROCEDENTE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN SU CONTRA.

¹⁹² Época: Novena Época Registro: 187645 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XV, Marzo de 2002 Materia(s): Constitucional Tesis: P./J. 16/2002 Página: 995 ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. ES IMPROCEDENTE EN CONTRA DE LA OMISIÓN DE APROBAR LA INICIATIVA DE REFORMAS A UNA CONSTITUCIÓN LOCAL.

¹⁹³ Época: Décima Época Registro: 2007554 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 11, Octubre de 2014, Tomo I Materia(s):

Una característica de la Acción de Inconstitucional, es sobre los legitimados para acceder a ella, a saber:

- a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales;
- b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de las leyes federales o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;
- c) El Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, en contra de normas generales de carácter federal y de las entidades federativas;
- d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguna de las Legislaturas de las entidades federativas en contra de las leyes expedidas por el propio órgano;
- e) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Nacional Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro en una entidad federativa, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por la Legislatura de la entidad federativa que les otorgó el registro;
- f) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal o de las entidades federativas, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en las entidades federativas, en contra de leyes expedidas por las Legislaturas;
- g) El organismo garante que establece el artículo 6° de esta Constitución en contra de leyes de carácter federal y local, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República,

que vulneren el derecho al acceso a la información pública y la protección de datos personales. Asimismo, los organismos garantes equivalentes en las entidades federativas, en contra de leyes expedidas por las Legislaturas locales; e h) El Fiscal General de la República respecto de leyes federales y de las entidades federativas, en materia penal y procesal penal, así como las relacionadas con el ámbito de sus funciones;

A parte de los legitimados para acceder a ella, otra diferencia en relación a la Controversia Constitucional, es que en la Acción de Inconstitucional, sí procede para la impugnación de normas en materia electoral, inclusive es el único medio por el que se puede realizar la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma electoral. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado incluso lo que debemos entender por normas generales electorales, a saber:

“las normas generales electorales no sólo son las que establecen el régimen normativo de los procesos electorales propiamente dichos, sino también las que, aunque contenidas en ordenamientos distintos a una ley o código electoral sustantivo, regulan aspectos vinculados directa o indirectamente con dichos procesos o que deban influir en ellos de una manera o de otra, como por ejemplo, distritación o redistribución, creación de órganos administrativos para fines electorales, organización de las elecciones, financiamiento público, comunicación social de los partidos, límites de las erogaciones y montos máximos de aportaciones, delitos y faltas administrativas y sus sanciones”¹⁹⁴.

Por último, dentro de los mecanismos jurisdiccionales tenemos el Control por Determinación Constitucional Específica, que está regulado por el artículo 41, fracción VI y 99 párrafo 6º de la Constitución. Entre otras funciones, es un mecanismo de control constitucional que ejerce el Tribunal Electoral del Poder Judicial, sobre la inaplicabilidad de normas constitucionales. No tiene el alcance

¹⁹⁴ Época: Novena Época Registro: 194155 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo IX, Abril de 1999 Materia(s): Constitucional Tesis: P./J. 25/99 Página: 255 ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. MATERIA ELECTORAL PARA LOS EFECTOS DEL PROCEDIMIENTO RELATIVO.

de declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada pero sí puede desaplicarla en el caso concreto.

II.2. La relación entre interpretación Constitucional, Jurisdicción Constitucional y creación judicial del Derecho.

En el estado liberal, con el principio de división de poderes, la función del juzgador debía estar limitada a la aplicación de normas creadas por el legislador; la separación era tan categórica que originalmente se le tenía vedada la posibilidad de realizar alguna interpretación de las normas que debía aplicar¹⁹⁵. Bulygin, escribe que esta noción se concebía como la “doctrina tradicional”, y resaltaba que conforme esta visión para que fuera cierta esa separación entre creación y aplicación del derecho, exigía que “el Derecho suministre a los jueces la posibilidad de resolver todos los casos mediante la aplicación de las normas generales. Esto implica que el derecho ha de ser completo y coherente, en el sentido de que debe contener una solución para todo problema que sea sometido al juez y que no haya dos o más soluciones incompatibles para el mismo caso”¹⁹⁶.

En México, la Constitución de 1824, reflejaba esta visión tradicional, tanto que en el artículo 165 señalaba que: “Sólo el Congreso General podrá resolver las dudas que ocurran sobre la inteligencia de los artículos de la Constitución y la Acta Constitutiva”. Este tipo de restricción se reprodujo en diferentes constituciones

¹⁹⁵ Como señala Ignacio de Otto “para asegurar la más estricta sumisión del juez al legislador la ley francesa de 1790 dispone que cuando los jueces consideren necesaria la interpretación de la ley por dudar de sus sentido deben dirigirse al Cuerpo legislativo para que éste resuelva la dificultad (sistema del *référé* legislatif); de este modo el reconocimiento implícito de la falsedad del punto de partida teórico –admitir la duda en la interpretación significa reconocer que la ley no aporta de modo inequívoco la premisa mayor de la decisión- va acompañado de un mecanismo que quiere asegurar el carácter meramente aplicativo de la función del juez, pues la interpretación se confía al propio órgano legislador del que emana la norma a aplicar; con ello se viene a reconocer también el valor normativo de la interpretación, razón que explica que se reserva al propio soberano” en De Otto, Ignacio, Op. Cit. Nota 75, p. 293.

¹⁹⁶ Bulygin, Eugenio, “Los Jueces ¿crean Derecho?”, en Malem, Jorge, Orozco, Jesús y Vázquez, Rodolfo (Comp.), *La función Judicial. Ética y Democracia*, Gedisa-ITAM, Barcelona, 2003 P. 22.

locales¹⁹⁷, sin embargo, por las consecuencias señaladas en perjuicio de la persona que interpretara la Constitución del Estado de Tamaulipas de 1824, vale la pena traer a la vista el artículo 165, que dice:

“Art.165.- “...deseando evitar gravísimos daños, que se acusan por la arbitrariedad en la inteligencia e interpretación de las leyes, decreta por ley general lo siguiente:

Nadie aunque sea magistrado, juez o letrado, puede interpretar leyes; sino que éstas se entenderán por su tenor literal, dando a las voces comunes el significado que tienen generalmente en el Estado y en la nación...

El tribunal que dude del sentido de una ley, lo consultará al Cuerpo Legislativo, y si fuere juez inferior lo hará por medio del Tribunal de justicia.

El que interprete alguna ley será castigado si fuere autoridad, como atentador arbitrario contra los derechos de los ciudadanos; y si es letrado, quedará privado de ejercer en el Estado: si es particular, se le aplicará por el juez ante quien se verse el negocio o causa una multa según las facultades del individuo.”

El artículo refleja una postura radical de la posición tradicional, que sin duda, hoy no podría sostenerse. Ya en la Constitución de 1857, se dejó un poco atrás la visión tradicional y se reconoció que los jueces participaban en el desarrollo del Derecho¹⁹⁸. En la actual Constitución de 1917, en el artículo 94, ya

¹⁹⁷ Constitución de Chiapas de 1825: Art 84.- “Los jueces y tribunales no pueden más que juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; por consiguiente, no pueden suspender la ejecución de las leyes, interpretar ni formar reglamentos para la administración de justicia.”; Constitución de Tabasco 1825:Art. 136.- Los tribunales son ejecutores de las leyes y nunca podrán interpretarlas, ni suspender su ejecución”.

¹⁹⁸ Art. 126: Los tribunales para fijar el derecho público nacional, tendrán como regla suprema de conducta la Constitución Federal, las leyes que de ella emanen y los tratados con las naciones extranjeras. Los jueces de cada Estado se Arreglarán a dicha Constitución, Leyes y Tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que puedan haber en las constituciones o leyes de los Estados.

se habla de jurisprudencia¹⁹⁹, sin embargo, no se concebía la jurisprudencia como actualmente la entendemos, como una norma jurídica²⁰⁰, sino simplemente como interpretación de la Ley, como una fuente accesoria a ella²⁰¹.

También la función interpretativa de los órganos jurisdiccionales sobre la Constitución, ha ido evolucionando, en especial, los métodos interpretativos para realizar la función. Normalmente se prefería una interpretación literal, y se dejaba como subsidiaria otro tipo de interpretaciones²⁰². Actualmente ya no se sostiene a la interpretación literal de la Constitución, como método de interpretación principal²⁰³, en general, ya no se sostiene como en otra época la interpretación

¹⁹⁹ Art. 94: “La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución”.

²⁰⁰ Época: Décima Época Registro: 2010022 Instancia: Segunda Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 22, Septiembre de 2015, Tomo I Materia(s): Constitucional, Común Tesis: 2a. XCII/2015 (10a.) Página: 691 JURISPRUDENCIA. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE AQUÉLLA TUTELADO EN EL ARTÍCULO 217, PÁRRAFO ÚLTIMO, DE LA LEY DE AMPARO.

²⁰¹ Registro No. 183029 Localización: Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVIII, Octubre de 2003 TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO. Página: 1039, Tesis: IX.1o.71 K, Tesis Aislada Materia(s): Común. JURISPRUDENCIA. CONCEPTO, CLASES Y FINES. La jurisprudencia es la interpretación de la ley, de observancia obligatoria, que emana de las ejecutorias que pronuncia la Suprema Corte de Justicia de la Nación funcionando en Pleno o en Salas, y por los Tribunales Colegiados de Circuito. Doctrinariamente la jurisprudencia puede ser confirmatoria de la ley, supletoria e interpretativa. Mediante la primera, las sentencias ratifican lo preceptuado por la ley; la supletoria colma los vacíos de la ley, creando una norma que la complementa; mientras que la interpretativa explica el sentido del precepto legal y pone de manifiesto el pensamiento del legislador. La jurisprudencia interpretativa está contemplada en el artículo 14 de la Constitución Federal, en tanto previene que en los juicios del orden civil la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley; y la jurisprudencia tiene una función reguladora consistente en mantener la exacta observancia de la ley y unificar su interpretación, y como tal, es decir, en tanto constituye la interpretación de la ley, la jurisprudencia será válida mientras esté vigente la norma que interpreta.

²⁰² Registro No. 196537 Localización: Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta VII, Abril de 1998 Página: 117 Tesis: P. XXVIII/98 Tesis Aislada Materia(s): Constitucional: INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. ANTE LA OSCURIDAD O INSUFICIENCIA DE SU LETRA DEBE ACUDIRSE A LOS MECANISMOS QUE PERMITAN CONOCER LOS VALORES O INSTITUCIONES QUE SE PRETENDIERON SALVAGUARDAR POR EL CONSTITUYENTE O EL PODER REVISOR.

²⁰³ Registro No. 175912 Localización: Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIII, Febrero de 2006 Página: 25 Tesis: P. XII/2006 Tesis Aislada Materia(s): Constitucional INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. AL FIJAR EL ALCANCE DE UN DETERMINADO PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEBE ATENDERSE A LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS EN ELLA, ARRIBANDO A UNA CONCLUSIÓN CONGRUENTE Y SISTEMÁTICA.

literal como el más fiable²⁰⁴, pues lo que realmente esconde es una ideología de la posición tradicional entre creación y aplicación del Derecho.

El problema de la función interpretativa de los órganos jurisdiccionales, es que ha sido tradicionalmente enfocada a buscar el sentido dado por el legislador, muy anclada a esa visión de Montesquieu, “los jueces de la Nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma”²⁰⁵. Esta visión limita la facultad interpretativa del juez²⁰⁶, sin embargo esa postura sobre la función interpretativa de los jueces sufre un cambio radical con el código de Napoleón, que a partir de su entrada en vigor los constriñe a la prohibición del *non liquet*, y los obliga a interpretar, pero estableciendo como directriz interpretativa, analizar la ley como si fueran legisladores. Con tal regulación comienza la función interpretativa de los jueces.

Para interpretar la ley, se establecieron cánones interpretativos que conocemos muy bien: literal, contextual, histórico y teleológico. Pero uno de los problemas de estos métodos de interpretación, es que realmente no sirven para justificar una única solución correcta, sino que dependiendo del método utilizado se puede llegar a soluciones diferentes, y todas legalmente válidas aunque fueran antagónicas. Esto es lo que nos conduce a lo que sostiene Alejandro Nieto como la falacia de los cánones hermenéuticos, en la que consideramos que el juez tiene poca injerencia en la atribución de significado, sino que solamente realiza una tarea cognoscitiva a través de estos métodos para descubrir el verdadero significado que el legislador le atribuyó al texto, pero como sostiene “la importancia no es la hábil utilización de un método, sino la justificación de por qué

²⁰⁴ Sobre el tema, véase a Mazzarese, Tecla, *Interpretación Literal: Juristas y Lingüistas Frente a Frente*, Doxa, No. 23, 2000.

²⁰⁵ Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, estudio preliminar de Daniel Moreno, Porrúa, 2005, p. 151.

²⁰⁶ Asimismo, sobre la desconfianza de la ideología liberal sobre el juez, nos dice Ignacio de Otto: “todo el sistema -francés- revela un horror a la jurisprudencia que se pone bien de manifiesto en estas palabras de Robespierre: el término jurisprudencia debe borrarse de nuestra lengua. En un Estado que tiene una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley” en De Otto, Ignacio, Op. Cit. Nota 75, p. 293

en un asunto determinado se utiliza precisamente ese método y no otro que hubiera conducido a un resultado distinto”²⁰⁷.

Tanto la deferencia al legislador como la sobrevaloración del principio de seguridad jurídica²⁰⁸, han hecho que uno de los métodos predilectos de la interpretación de la ley sea la interpretación textual o literal. A través de este método se pretende justificar el sentido de la ley por el significado gramatical, semántico o sintaxis de la estructura del enunciado, y con ello limitar la discrecionalidad del juez. Pero no se toman en cuenta los problemas de vaguedad y ambigüedad que pueden presentarse en el texto de las leyes, lo que produce que el juzgador aunque realice este tipo de interpretación tiene de manera inevitable que determinar el alcance del significado de ese texto no solo descubrirlo.

Pero no debemos asimilar la interpretación de la Constitución, con la interpretación de la ley. Como hemos visto, las constituciones se han impregnado de carga axiológica, es decir, de valores que el Estado debe proteger²⁰⁹; y muchos de estos valores se han expresado a través de los derechos fundamentales²¹⁰.

²⁰⁷ Nieto, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000, P. 35

²⁰⁸ Tecla Mazzaresse señala que “la interpretación literal es considerada como un instrumento necesario para afirmar que la seguridad jurídica puede y debe ser perseguida y asegurada. Temiendo que, de otra forma, el terrorífico caos de la pura arbitrariedad no tener ya obstáculo alguno, a los efectos de defender y afirmar la seguridad jurídica, los juristas siguen apoyándose en la interpretación literal”, en Mazzaresse, Tecla, *Interpretación Literal: Juristas y Lingüistas frente a frente*, en *Doxa*, Núm. 23, 2000, P. 623

²⁰⁹ Como en el ejemplo anterior se hace alusión al interés superior del menor, otro ejemplo es la importancia que tiene la dignidad humana sistema como base de todos los derechos fundamentales, véase Novena Época, Registro: 165813, Instancia: Pleno, Tesis Aislada, Fuente: *Semanario Judicial*, de la Federación y su Gaceta, XXX, Diciembre de 2009, Materia(s): Constitucional, Tesis: P. LXV/2009 Página: 8, DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES.

²¹⁰ En ese sentido Pérez Luño señala que la función de los derechos fundamentales es “la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento y condicionan su deber de obediencia al derecho” en, Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 10ª edición, Madrid, 2011, P. 17

Ahora, ante la obligación de aplicar directamente la constitución, los jueces participan en la actividad de creación del derecho. Esto se debe a la estructura principialista de las constituciones contemporáneas, que han generado una amplitud interpretativa y argumentativa en la función jurisdiccional que exige de los juzgadores su participación en el desarrollo y generación del Derecho.

La necesidad de operar con principios jurídicos, como señala Rogelio López, “aún constituye un gran desafío para los jueces, dado que la Ley Fundamental es quizá el texto más vago del ordenamiento jurídico, y su aplicación, exige una labor hermenéutica que desafía los paradigmas a los que estuvimos acostumbrados durante la mayor parte del siglo pasado”²¹¹.

En ese sentido el Profesor Atienza señala que el Estado Constitucional actual implica un énfasis en la práctica argumentativa, y es precisamente porque “a diferencia de lo que ocurría en el Estado Legislativo, en el Estado constitucional el poder del legislador y de cualquier otro órgano estatal es un poder limitado y que tiene que justificarse en forma más exigente”, sin que sea suficiente el aspecto formal o procedimental de la formación de normas o actos de autoridad. Esa exigencia de la que habla el Profesor Atienza, se refiere al contenido material de las normas, a los principios y valores subyacentes de los actos de autoridad. De igual manera, Neil McCormick alude que “*now, however, it seems to me that the whole enterprise of explicating and expounding criteria and forms of good legal reasoning has to be in the context of fundamental values that we imput to legal order. Reasoning about the application of law in the light of such values is persuasive, not demonstratives*”²¹².

De tal manera, la interpretación constitucional ocupa una posición central en la teoría de la Constitución, y su función debe entenderse para dar respuestas a

²¹¹ López, Rogelio, Interpretación Constitucional de los Derecho Fundamentales: Nuevos paradigmas hermenéuticos y argumentativos, Porrúa, México, 2013, P. 45

²¹² McCormick, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law: A theory of legal reasoning*, Oxford, New York, 2005, PP. 1-2

través del texto constitucional que permitan lograr el desarrollo de una sociedad que aspiramos, como dice Gustavo Zagrebelsky, “la legitimidad de la constitución depende entonces no de la legitimidad de quien la ha hecho y ha hablado por medio de ella, sino de la capacidad de ofrecer respuestas adecuadas a nuestro tiempo o, más precisamente, de la capacidad de la ciencia constitucional de buscar y encontrar esas respuestas en la constitución. En resumen: la constitución no dice, somos nosotros los que la hacemos decir”²¹³.

En ese sentido, enfocarse en estudiar interpretación y argumentación constitucional permiten analizar si un argumento es razonable, lo que resulta trascendental en materia de justicia constitucional, pues las razones que justifiquen la decisión tomada al atribuir significado a un texto constitucional son en gran medida lo que justificará el desarrollo del contenido constitucional por parte de los jueces. Como señala Friedlander, el juez no es un árbitro que aplica reglas vacías de contenido moral o axiológico²¹⁴, y menos se puede entender así cuando su resolución tiene impacto en el desarrollo o límite en el ejercicio de derechos fundamentales. Por tanto, habrá que buscar teorías de interpretación y argumentación que puedan evaluar las razones dadas en una resolución constitucional, especialmente cuando se refiera a principios que tengan esta carga moral o axiológica.

Ronald Dworkin, en su famosa obra “*The model of rules*”, señala que en los casos difíciles, se hace uso de normas que no funcionan como reglas, sino que operan como principios, directrices y otro tipo de estándares²¹⁵. Explica la diferencia entre reglas y principios, señalando en parte que las reglas tienen una aplicación de todo o nada, en tanto que los principios no establecen una serie de condiciones que hacen que su aplicación sea necesaria, sino que asientan una razón para argumentar en un sentido; otra diferencia que resalta, es que los principios tienen

²¹³ Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y Constitución*, Mínima Trotta, Madrid, 2005, P. 88

²¹⁴ Friedlander, Matthew D., *Adjudicating in the kingdom of ends: a constructivist response to the Hart/Dworkin Debate*, University of Illinois Law Review, No. 4 Vol. 2011, P. 1388.

²¹⁵ Dworkin, Ronald, *The model of Rules*, The University of Chicago Law Review, Volume 35, No. 1, 1967, P. 22

una dimensión de peso o importancia, por tanto cuando entran en colisión dos principios deberá tomarse en cuenta el peso o relevancia de cada principio para determinar cuál será el que en mayor medida prevalezca; en tanto que en la colisión entre reglas, al ser todo o nada, cuando existen antinomias, una de ellas será válida y la otra será inválida.

La distinción entre reglas y principios cobra importancia, por ser dos instrumentos fundamentales en la actividad jurisdiccional, con metodología jurídica particular para su aplicación. Las reglas se conforman con un supuesto de hecho determinado, lo que implica que para su aplicación a un caso concreto basta subsumir los hechos a la regla adecuada, es decir, utilizar el silogismo jurídico. En cambio, los principios al no tener un supuesto de hecho, son normas con condición de aplicación indeterminada, lo que implica que el juez va a tener que cumplir con ese mandato de optimización²¹⁶ lo más que se pueda dentro de lo que empírica y jurídicamente se pueda. De suerte que para lograr esa tarea, la labor argumentativa ha aumentado, ahora adicional al silogismo, los operadores jurídicos tendrán que utilizar la ponderación y argumentos de razonabilidad para construir reglas a partir de principios.

Por otro lado, Joseph Raz²¹⁷ señala que las reglas son razones de acción, a pesar de que puedan tener las características de opacidad, brecha normativa y su justificación es independiente de su contenido (en este último punto siguiendo a Hart). La opacidad implica que las reglas muestran que la conducta es obligatoria y por tanto una razón para realizarla, pero no muestra de que manera la acción obligada es buena (la norma no es evaluativa sobre la conducta a realizar); la brecha normativa implica que la norma puede provocar una brecha entre lo valorativo y lo normativo, es decir, que puede distanciarse la fuerza normativa del valor de la conducta regulada; y su justificación independiente de su contenido

²¹⁶ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, P. 86

²¹⁷ Raz, Joseph, *Reasoning with rules*, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=999552>. Véase también Bayón, Juan Carlos, *Razones y Reglas: sobre el concepto de "Razón excluyente" de Joseph Raz*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 10, 1991 P. 25-66.

conlleve, que las razones de seguir la norma no se centran en la idoneidad de las acciones contenidas en ella. Explica que estas tres características están intrínsecamente ligadas, pues la opacidad deriva de que sean justificables de manera independiente de su contenido y que esto a su vez provoca la brecha normativa. De igual manera resalta que la opacidad y la justificación independiente de su contenido provocan la falta de transitividad en las normas²¹⁸. Esta falta de transitividad que refiere Raz, la resalta como una característica importante de las normas, pues nos conduce a lo que llama “*Autonomy Thesis*”, que implica que el uso de las reglas en el razonamiento práctico (siempre que sean válidas), son razones en sí mismas, y no parte de un complejo razonamiento para elegir una conducta independiente de dichas reglas. Todo lo anterior nos conduce a lo que llama Raz “razón excluyente”. En ese sentido, en el razonamiento práctico con las reglas, éstas constituyen razones excluyentes, es decir, su existencia excluye la posibilidad de emitir razonamientos sobre la realización de conductas alternativas a las que están reguladas por la norma.

Como referimos en el párrafo anterior, Raz indica que algunas normas constituyen razones de acción, de suerte que para distinguir qué tipo de normas constituyen razones para la acción y bajo qué características, acudimos a Manuel Atienza y Ruiz Manero, sobre la distinción entre Reglas y Principios²¹⁹. Una de las distinciones que señalan, se refiere a la relación entre la obediencia a las autoridades normativas y la deliberación de los órganos jurisdiccionales sobre la conducta regulada por la norma. Sobre este punto, indican que las reglas jurídicas de mandato constituyen “razones perentorias”, es decir, una razón de primer orden para realizar la conducta reglada y una razón de segundo orden que suprime la deliberación por parte de los órganos jurisdiccionales sobre cualquier otra conducta alternativa a la regulada por la norma, pues su origen constituye

²¹⁸ Una justificación normativa y en general cualquier justificación debe ser transitiva: Si A justifica a B y B justifica a C, entonces A justifica a C.

²¹⁹ Atienza, Manuel, Ruiz Manero, Juan, *Sobre principios y reglas*, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 10, 1991, Pp. 111 y ss. Véase también Atienza, Manuel, Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Ariel, 2da edición, 4ª impresión, Barcelona, 2007, Pp. 34-39.

una fuente de autoridad normativa²²⁰. En tanto que, los principios no constituyen “razones perentorias”, pues si bien, son razones de primer orden, es decir, efectivamente deben tomarse en consideración para resolver, pero no excluye la obligación del órgano jurisdiccional, del estudio sobre las razones o diversas acciones posibles para resolver conforme otros principios que pudiesen estar en conflicto. De tal suerte, señalan que “las reglas, son razones autoritativas tanto en cuanto al por qué operan como al cómo operan en el razonamiento justificatorio de los órganos jurisdiccionales; que los principios explícitos son razones autoritativas en cuanto al por qué de su presencia en dicho razonamiento pero no en cuanto al cómo operan en él”²²¹.

También existe aclarar dos versiones importantes sobre la estructura y funcionalidad de los principios. Los “principios regulativos” de Ferrajoli, y los “principios en sentido estricto” de Atienza y Ruiz Manero. Cabe aclarar que estos son coextensivos y no cointensivos. Trataremos de reconstruir lo que Ruiz Manero y Atienza indican que son principios en sentido estricto y luego señalar lo que Ferrajoli describe como principios regulativos. Así en primer lugar lo que Ruiz Manero y Atienza describen como principio en sentido estricto es: a) En cuanto a su estructura, son normas que tiene un antecedente abierto, el caso de aplicación es indeterminado y por lo tanto, tiene que ser construido cada vez que se tenga que aplicar a un caso específico, en cambio el consecuente de la norma si está determinado por un modal deóntico, que surgirá la actualización del modal, cada vez que se tenga la oportunidad de realizar la conducta sobre la cual cae dicha obligación, prohibición o permiso; b) Este tipo de normas se tiene prima facie la obligación de realizar o abstenerse de realizar una conducta, pues se tienen que tomar consideración otras razones que pudieran presentarse para la aplicación de dichos principios, como puede ser la colisión de otros principios; c) En parte por lo anterior, no se tiene una prevalencia predeterminada entre los principios, otro

²²⁰ Aquí podemos ver la falta de transitividad en relación a la opacidad y la justificación de contenido independiente, en la medida que la obligatoriedad de aplicar la norma no deriva de las razones buenas o malas de la conducta regulada por la norma, sino por las razones de autoridad de la fuente de la regla

²²¹ Atienza, Manuel, Ruiz Manero, Juan, *Op. Cit.* Nota 219, P. 112

factor que afecta la falta de prevalencia es que se encuentran redactados en términos esencialmente controvertidos, pues lo que contempla son derechos fundamentales; d) Debido a todo lo anterior, para poder aplicar principios es necesario utilizar la ponderación de principios para determinar el alcance de su aplicación cuando lleguen a entrar en colisión dos principios. Con estas características, podemos entrar a analizar la postura de Ferrajoli, para después terminar de responder la pregunta realizada.

Por otro lado, Ferrajoli llama principios regulativos a reglas que contienen derechos fundamentales, pero cuando se refiere a reglas, se refiere a aquellas normas cuyos actos se configuran de tal manera en que se pueda determinar su observancia o inobservancias. Lo que implica que el antecedente si está en alguna proporción determinado pues está estructurada en la norma las conductas y condiciones de aplicación, sólo así podríamos determinar si en dicha conducta ha sido observada o inobservada. Explica que los llama principios porque no impone obligaciones, sino que reconoce derechos. Por otro lado, al ser reglas no requiere ninguna ponderación pues a ser reglas, al estar determinadas los antecedentes y los consecuentes, tienen que ser directamente aplicados, y que a lo mucho lo que puede ser ponderado son las circunstancias de los casos, lo que llama ponderación equitativa. En ese sentido, y que complementa lo innecesario de la ponderación de principios para Ferrajoli, sostiene que por ser reglas pueden ser estructuradas con una jerarquía previa, y señala: a) En primer lugar las inmunidades fundamentales; b) Los derechos activos de libertad; y por último lugar, los derechos-poder de autonomía.

De lo anterior se podría llegar a determinar que son coextensivos en tanto que ambos se refieren a derechos fundamentales, sin embargo no son cointensivos en la medida que las propiedades que se toman desde el enfoque principialista cambia mucho con el enfoque de reglas que está utilizando Ferrajoli. Si de primer momento aparece que la única diferencia entre principios en sentido estricto de Atienza y Ruiz Manero y principios regulativos de Ferrajoli, es el enfoque, el

primero de ellos en el antecedente y el segundo en el consecuente, resurta un aproximación sin tomar en consideración todas las consecuencias pragmáticas de las posturas.

Pretender que los derechos fundamentales pueden estar establecidos en forma de reglas, de manera en que todos los derechos puedan ser redactados de tal manera que podamos identificar todos los casos de aplicación y así determinar su observancia e inobservancia, implica determinar de manera previa el alcance de todos los derechos fundamentales en todas las circunstancias posibles, lo que resulta prácticamente imposible. Lo que podría llegar a suceder es que se predeterminen los casos de aplicación, con el riesgo de eliminar futuras circunstancias en lo que podría verse vulnerado un derecho.

Por otro lado, la previa jerarquización en diferentes niveles de los derechos fundamentales, parece no resolver el problema del conflicto entre los mismos derechos fundamentales de la misma jerarquía. Lo que parece es estar clasificando algunos derechos y separándolos de algún tipo de ejercicios de los mismos derechos, pero no responde a la problemática de cuando llegue a presentarse conflictos entre derechos de la misma clasificación jerárquica.

Lo que nos lleva la ponderación equivalente, no se considera tan razonable ponderar circunstancias sin ponderar los principios junto con las circunstancias. Conforme la visión estándar principialista, las circunstancias también entran en la ponderación, no sólo entra la ponderación entre principios en abstracto, sino en concreto por su grado interferencia o afectación y por el otro el grado de necesidad de protección del principio que entró en colisión, así como las circunstancias en concreto del caso. Pero eliminar la ponderación de principios, como sostiene la proporcionalidad equivalente, es limitar la colisión a hechos y no a derechos, lo que podría decir, que se encuentra frente a un caso de ambigüedad en la aplicación.

Por lo tanto, creo que los efectos prácticos de la visión estándar de los principios, puede servir mejor para la protección y desarrollo de los derechos fundamentales. Al permitir construir la condición de aplicación de los principios, permite que mayores casos puedan caer dentro de los casos de protección de los derechos fundamentales. Además, la ponderación de principios y ejercicio de éste por parte de la función jurisdiccional agiliza el desarrollo del derecho, pues esperar a que el legislador construya reglas, podría implicar que muchos casos queden fuera de la posibilidad de protección. Considero que la versión estándar principialista se ajusta a más a un Derecho que estima que existe una pretensión de corrección y que dicha corrección puede ser alcanzado en la mayor medida posible. También permite mayor deliberación a través de las razones que dan tanto los legisladores en la ley como jueces sus resoluciones, sobre el alcance de los derechos fundamentales.

Además, por la idea de permanencia y estabilidad, la Constitución está escrita de tal forma que permita que temas que involucren moralidad (como derechos humanos) no estén resueltos de manera definitiva, sino que su lenguaje especialmente ambiguo y vago²²², posibilita que sociedades plurales coexistan y que generaciones futuras puedan a partir del texto de la Constitución, encontrar respuestas a diferentes problemas que se vayan planteando o responder a problemas recurrentes de forma diferente debido a cambio de circunstancias²²³. Adicional al lenguaje ambiguo y vago, otro problema que enfrentan los intérpretes Constitucionales es que no todo el Derecho Constitucional se encuentra plasmado en la Constitución, pues se nutre tanto de los trabajos de la elaboración del texto constitucional como de la jurisprudencia constitucional que se ha desarrollado y diferentes precedentes sobre derechos humanos que han desarrollado su protección.

²²² Berman, Mitchell, *Constitutional Interpretation: Non-Originalism*, Philosophy Compass 6/6 (2011), P. 408

²²³ Wil Waluchow, Constitutionalismo, The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Winter 2012, P. 24, consultado en <https://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/constitutionalism/>

Enfocado este tema a la jurisdiccional constitucional, toda teoría constitucional y más de interpretación constitucional trata de dar cuenta de los límites, sin embargo, hay escépticos de la posibilidad de que a través de teorías de interpretación, se pueda limitar el la función del juez constitucional. El profesor Tushnet descarta que la teoría constitucional y más de la interpretación constitucional, ha servido para limitar de manera efectiva el alcance de la función jurisdiccional constitucional (judicial review), sino que como señala “it serves primarily to provide a set of rethorical devices that Justices can deploy”²²⁴. Expone dos problemas específicos para comprender por qué las teorías de interpretación constitucional no sirven para limitar la interpretación constitucional: primero, ninguna teoría de interpretación constitucional conlleva a una única respuesta posible, como señala “talented judges, if force to adhere to the rules of any specified theory of interpretation, could produce wichever result they wanted anyway”²²⁵; segundo, no existen razones para que los jueces adopten determinada teoría constitucional que limite su propia función y no adopten otras teorías²²⁶ que les den mayor alcance en su participación en el desarrollo del contenido constitucional y control de los actos de otros poderes. Así tenemos que para el profesor Tushnet, las teorías de la constitución y de interpretación, no sirven para limitar el ejercicio de la función jurisdiccional.

Si tomamos en consideración la clasificación que Lawrence Sager maneja sobre la práctica de los jueces constitucionales, considerar si son agentes o socios en el desarrollo del contenido constitucional²²⁷, el profesor Tushnet, fija su posición en el

²²⁴ Tushnet, Mark, *Constitutional Interpretation, character, and experience*, Boston University Law Review, Vol. 72, 1992, P. P. 756

²²⁵ Ídem, P. 750

²²⁶ Sobre este punto, señala que podría elaborarse una teoría de incentivos para adoptar determinada práctica judicial, o a través de la crítica académica de las resoluciones, pero que no ha mostrado muchos resultados positivos tales estrategias para incentivar que se generalice la adopción de una teoría constitucional determinada y más cuando en la propia academia existen diferentes posturas sobre qué teoría se debería desarrollar.

²²⁷ Sobre esta clasificación el Profesor Sager señala que “in agency accounts, the idealized judge is an agent of other decision-makers; she is an instruction taker...Partnership accounts, in contrast, treat judges as partner or collaborators in the enterprise of establishing and giving operational content to precepts of constitutional value” en Sager, Lawrence G., *Justice in Plainclothes. A theory of American Constitutional Practice*, Yale University Press, New Heaven, 2004, P. 15

sentido de que la jurisdicción debe limitarse al contenido e intención del constituyente (son agentes); en tanto que para el profesor Alexy, con la obligación de optimización, la función jurisdiccional puede ir más allá de lo establecido explícitamente en la Constitución, para desarrollar de mejor manera el contenido constitucional²²⁸, una visión más de Socio (partnership) en la construcción o desarrollo del contenido constitucional. Esta última visión es la que consideramos mejor.

Otra dificultad que podemos encontrar en la interpretación constitucional, es la apertura constitucional que indica Lucas Verdú, es decir, que “las Constituciones actuales de los Estados democráticos, se abren a otros contenidos tanto normativos (derecho canónico, derecho comunitario) como extranormativos (usos y convenciones, normas de corrección constitucional) como metanormativos (valores, postulados morales y de justicia material, magnitudes socioeconómicas)”²²⁹. Al ampliar las dimensiones constitucionales más allá del texto mismo o en relación a aspectos implícitos y no meramente explícitos confronta una ideología decimonónica anquilosada, y restar valor a una interpretación de la literalidad de sus normas para potencializar la de su teleología con el objeto de lograr la maximización de sus fines y objetivos.

Por cuanto hace a cómo llevamos a cabo esta operación de interpretar la constitución, existen dos grandes clasificaciones de prácticas de interpretación de la Constitución: originalismo y no originalismo. Estas clasificaciones las toman a partir de lo que debe hacer el juez en relación con la constitución, esto es, el juez constitucional debe ceñirse a lo dictado por el texto o por la intención de quienes la redactaron, o puede alejado de las consideraciones originales, realizar una interpretación diversa para desarrollar el contenido constitucional. De igual manera, aclaran que estas dos concepciones tienen diferentes vertientes. John Hart Ely señala que “*today we are likely to call the contending sides*

²²⁸ Alexy, Robert, *Balancing, constitutional review, and representation*, I-Con, Vol. 3, Number 4, 2005.

²²⁹ Verdú Lucas, Pablo, *La constitución abierta y sus enemigos*, UCM, Madrid, 1993, Pág. 11

“interpretativism” and “noninterpretativism” –the former indicating that judges deciding constitutional issues should confine themselves to enforcing norms that are stated or clearly implicit in the written constitution, the latter the contrary view that courts should go beyond that set of references and enforce norms that cannot be discovered within the four corners of the document”²³⁰.

Los métodos interpretativos de los originalistas, interpretativistas, textualistas, sostienen que existe un significado verificable del texto constitucional, y la tarea del intérprete es cognoscitiva, es decir, conocer cuál es ese significado. Sin embargo, para los no interpretativistas o no originalistas, no están sujetos por esa creencia de que la interpretación es un acto cognoscitivo, sino que ven la tarea de interpretar como un acto de decisión y voluntad²³¹.

Por tanto, la discusión sobre si la interpretación del Derecho es un acto de conocimiento o de decisión y voluntad, alcanza a la interpretación constitucional²³², y consideramos que la interpretación de la Constitución no debe entenderse como un acto cognitivo, que limita al intérprete a descubrir el significado del texto, ya sea por la intención de quienes la redactaron o por su significado literal, sino que es construcción del Derecho, como señala Eros Grau “la interpretación del derecho tiene un carácter constitutivo –y no meramente declarativo- y consiste en la producción por el intérprete (a partir de textos normativos y de los hechos relativos a un caso determinado) de normas jurídicas que deben ser ponderadas para la solución de un caso”²³³.

Los originalistas toman a la constitución y su papel como límite al poder público (incluyendo a los jueces constitucionales), como preponderante, por ello le guardarán algún tipo de deferencia a su texto, práctica histórica, intención de sus

²³⁰ Hart Ely, John, *Democracy and Distrust Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge, reprinted 1980, P. 1

²³¹ Véase sobre este tema a Berman, Mitchell, *Constitutional Interpretation: Non-Originalism*, *Philosophy Compass* 6/6, 2011.

²³² Véase Mendonca, Daniel, Guibourg, *Ricardo, La odisea constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2004, PP. 92-95.

²³³ Grau, Eros, *Interpretación y aplicación del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2007, P. 24.

creadores, entre otras características. Un ejemplo de un método de interpretación constitucional textual contemporáneo es el intratextualismo de Akhil Reed Amar, en el que se apoya de la constitución como si fuera un diccionario. Para comprender el significado o la intención de las palabras utilizadas, es necesario recurrir al texto de la constitución para verificar cómo está utilizada en el resto del documento dicha palabra y darle el mismo sentido. El Profesor Reed Amar, indica “here is another feature of the Constitution: various words and phrases recur in the document. This feature gives interpreters yet another set of clues as they search for constitutional meaning and gives rise to yet another technique of constitutional interpretation. I call this technique intratextualism...in deploying this technique, the interpreter tries to read a contested word or phrase that appears in the Constitution in light of another passage in the Constitution featuring the same (or a very similar) word or phrase”²³⁴.

En tanto que el no originalista, considera que no debe guardar tanta fidelidad al texto o a la intención de quienes crearon la constitución, sino a los fines y valores constitucionales. Los no originalistas o no interpretativistas, tienen varias vertientes como Pluralismo, que señala que el derecho constitucional se contruye a partir de varios argumentos interpretativos (histórico, textual, estructural, doctrinal, ético, prudencial. También está el perfeccionismo, que busca desarrollar el contenido constitucional a partir de su mejor versión posible, como señala el Profesor Barber, “*if we are to make sense of what the Constitution says, we shall have to interpret and apply its provisions in light of our best understanding of an ideal state of affairs adumbrated by those provisions*”²³⁵. O el Pragmatismo, que es a partir de los efectos que puede desarrollar la interpretación dada en un sentido u otro, para mejor asegurar resultados positivos; Constitucionalismo common law, que se estructura a través de precedentes constitucionales.

²³⁴ Reed Amar, Akhil, Intratextualism, Harvard Law Review, Vol. 112, 1999, P. 748

²³⁵ Barber, Sotirios A., On what the Constitution means, Johns Hopkins University Press, Maryland, 1986, P. vii

Por otro lado, Ricardo Guastini²³⁶ sostiene que el escepticismo de las reglas se da debido a la indeterminación del sistema jurídico, por ello, la afirmación de que existe una única interpretación correcta es falsa. Para llegar a esta conclusión primero se debe analizar tres tipos de ambigüedades en el uso del término interpretación: a) En cuanto al objeto de la interpretación (textos normativos o hechos); b) Al acto que implica interpretar (cognitivo, decisorio y creativo); y c) La actividad que realizan los juristas o los jueces con la interpretación (interpretación propiamente dicha o creación). Por otro lado, tanto la interpretación de los textos y de los hechos, generan dos tipos de indeterminaciones, a saber: Indeterminación del sistema jurídico e Indeterminación de cada norma en particular. Como señala la lectura, la indeterminación que soporta el escepticismo de las reglas es la indeterminación del sistema jurídico, en el que consiste: a) la indeterminación sobre qué norma expresa el texto normativo (N1 o N2); b) si el texto normativo expresa más de una norma (N1 y N2); b) Si el texto normativo implica otra norma no expresada; c) Si la norma expresada en el texto normativo es derrotable. Esta interpretación puede deberse a tres factores: la multiplicidad de métodos interpretativos, la dogmática jurídica y el sentimiento de justicia de los intérpretes. Los diferentes métodos interpretativos (literal, analógico, teleológico, etc.) pueden conducir a resultados diferentes, inclusive opuestos, por ello, no se puede tener una interpretación única de un texto normativo. Además la dogmática del intérprete afecta también el resultado, si un juez es originalista y otro interpretativista, pueden llegar a diferentes resultados o hasta resoluciones contradictorias. Así, pensar que existe una interpretación única correcta a un texto normativo, no es sostenible por todos estos factores, pero principalmente por la indeterminación del sistema jurídico entendido como la indeterminación de identificar cuáles normas son expresadas en el sistema jurídico.

Como una meta teoría de interpretación, el escepticismo de las reglas señala que debe ser más una teoría descriptiva de interpretación que una teoría prescriptiva

²³⁶ Guastini, Riccardo, *El escepticismo ante las reglas replanteado*, Disuciones, No 11, Año 2012, PP. 27 y ss.

de interpretación, una reconstrucción de la práctica efectiva de una determinada comunidad interpretativa. Explica que desde el campo de la interpretación del derecho hay tres posturas: noble sueño, pesadilla y vigilia. El primero de estas señala que para un texto normativo puede existir un único significado objetivo, este se enfoca más a la interpretación como un acto cognitivo. La teoría de la pesadilla, sostiene que no existe un significado del texto normativo antes de la interpretación.

En cambio la teoría de la vigilia distingue entre textos normativos de fácil identificación de significado y otros que están llenos de términos vagos o de textura abierta. La lectura nos señala que estas tres teorías tienen de fondo son teorías acerca del valor de verdad de los enunciados interpretativos. De acuerdo a la teoría del noble sueño, se puede calificar de verdadero o falso el enunciado interpretativo, en la de vigilia en los casos fáciles puede tener esta clasificación de verdadero o falso, y en la postura de la teoría de pesadilla escapa esta clasificación al igual que los casos difíciles de la teoría de vigilia. La lectura nos señala que entender la interpretación desde estas tres teorías resulta incorrecto, porque lo que encierran estas teorías es una teoría prescriptiva para determinar el significado, ya sea a través del significado literal (aplicando las reglas sintácticas, semánticas y gramaticales) o a través de la intensión del autor del texto, inclusive la teoría de la vigilia pues prescribe al intérprete diferenciar entre casos fáciles y casos difíciles y obliga a que en casos fáciles realice una interpretación como un acto cognitivo. El escepticismo de las reglas como meta teoría de la interpretación, no se dedica a la tarea de prescribir cómo debe realizarse la interpretación sino a describir como realizan la interpretación de las reglas los intérpretes jurídicos, lo que encontramos en la lectura “el verdadero fundamento del escepticismo ante las reglas es el reconocimiento de que es siempre posible interpretar un mismo texto de múltiples formas distintas..., asociado con la tesis de que no existe un criterio de verdad para los enunciados interpretativos”²³⁷.

²³⁷ Ídem P. 54

El escepticismo de las reglas señala, que la norma se desprende de la interpretación, lo que interpretamos son textos normativos. Dado la ambigüedad de los textos normativos, los diferentes métodos de interpretación y la dogmática jurídica de cada intérprete, se pueden llegar a enunciados interpretativos diferentes o contradictorios de un solo texto normativo. Más aún la indeterminación del sistema jurídico, puede llegar a producir diferentes normas dentro del mismo sistema. Sin embargo, interpretar debe ser entendido con límites, no como se llega a confundir con la teoría de la pesadilla que cualquier significado resulta posible. Como señala la lectura, “interpretar no consiste en atribuir cualquier significado, sino en atribuir uno de los significados que se encuentran dentro del rango de significados admisibles según (a) el uso común, (b) los métodos interpretativos en uso y, (c) las teorías dogmáticas”²³⁸. Aunque se tenga alguna interpretación, se debe entender que dicha interpretación no debe ser entendida como la única posible correcta de todas las existentes. De tal manera como meta teoría de la interpretación, debe tenerse en cuenta todo esto para comprender que es una teoría descriptiva de interpretación y que por tanto, no prescribe cómo debe realizarse la interpretación sino que debe describirla.

Así la interpretación constitucional por su contenido moral y axiológico, los jueces que desarrollen justicia constitucional, primero deberán de dar sentido al texto constitucional para después utilizarlo como parámetro de control sobre las leyes y actos que emitan las autoridades.

II.3 Ubicación de la jurisprudencia constitucional en el sistema de fuentes.

Actualmente, dentro del cambio de paradigma jurídico, en que la ley ha perdido su posición hegemónica, tanto como fuente de derecho como instrumento argumentativo, los precedentes han adquirido una relevancia superior dentro del ordenamiento jurídico. Eso se puede desprender debido a que hoy día podemos

²³⁸ Ídem, P. 53

señalar que en los sistemas jurídicos de tipo occidental, es de común aceptación que todos los sistemas de jurisdicción constitucional desarrollan doctrina constitucional, como dice Michael Núñez “cuando se trata de la jurisdicción constitucional, en el constitucionalismo se acepta cada vez más su calidad de fuente directa de derecho”²³⁹. Por tanto, la doctrina que se encuentra en la jurisprudencia constitucional se convierte en parte del sistema jurídico constitucional. En este sentido, Díaz Revorio señala que “lo que da valor vinculante a la jurisprudencia constitucional es su capacidad para innovar o suprimir el ordenamiento”²⁴⁰, por tanto la deferencia al precedente o jurisprudencia constitucional se debe a que la misma jurisprudencia adquiere rango constitucional y sus efectos permean el sistema, atendiendo a que el contenido constitucional que desarrolla, permite alcanzar los fines y valores protegidos por la Constitución.

Otra crítica más del positivismo, es la posición que ocupaban los jueces en ese esquema de división de poderes²⁴¹, de ubicar a los jueces exclusivamente como aplicadores de normas, en sentido opuesto, Ronald Dworkin ha señalado que “*theories of adjudication have become more sophisticated, but the most popular theories still put judging in the shade of legislation. The main outlines of this story are familiar. Judges should apply the law that other institutions have made; they should not make new law. That is the ideal, but for different reasons it cannot be realized fully in practice*”²⁴². Sobre este aspecto, Gustavo Zagrebelsky expone que “se consideraba, por lo general, que las normas constitucionales se dirigían esencialmente al legislador, y que la actividad de los jueces estaba vinculada a la ley (y no a los principios constitucionales)”²⁴³, sin embargo ahora, el legislador es un intérprete más de la constitución, función interpretativa que comparte con los órganos jurisdiccionales de control constitucional.

²³⁹ Núñez Torres, Michael, *Op. Cit.*, Nota 5, P. 161

²⁴⁰ Revorio Díaz, Francisco Javier, *Interpretación de la Constitución y Justicia Constitucional*, México, Porrúa, 2009, P. 32

²⁴¹ Véase Díaz Revorio, Francisco Javier, *Interpretación de la Constitución y Justicia Constitucional*, Porrúa-IMDPC, México, 2009, P. 2

²⁴² Dworkin, Ronald, *Hard Cases*, Harvard Law Review, Volume 88, No. 6, April 1975, P. 1058

²⁴³ Zagrebelsky, Gustavo, *La Constitución y su Normas*, en Carbonell Miguel (Comp.), “Teoría de la Constitución”, Porrúa, México, 2008, Pág. 85

En los Estados Constitucionales²⁴⁴, la interpretación que realiza la justicia constitucional es una fuente importante de derecho Constitucional²⁴⁵, Andrei Marmor señala que “*In most constitutional democracies, the interpretation of the constitution involves the power of the judiciary (typically the supreme constitutional court) to determine issues of profound moral and political importance, on the basis of very limited textual guidance, resulting in legal decisions that may last for decades and are practically almost impossible to change by regular democratic processes*”²⁴⁶.

En ese sentido, podemos válidamente señalar que la función jurisdiccional en un Estado Constitucional adquiere una relevancia superior al que guardaba en el Estado Legislativo, al grado que comparten espacios en diferentes dimensiones de la función creadora del derecho, particularmente como lo señala el Profesor Michael Núñez “cuando se trata de la jurisdicción constitucional, en el constitucionalismo se acepta cada vez más su calidad de fuente directa de derecho”²⁴⁷. Actualmente, en los sistemas jurídicos que han abandonado el positivismo jurídico, la jurisprudencia ha adquirido mayor relevancia dentro del esquema de fuentes de derecho²⁴⁸, debido a que la ley ha perdido su posición hegemónica, tanto como fuente de derecho como instrumento argumentativo, todo esto con independencia de la familia jurídica –*common law* o *civil law*- en el que se

²⁴⁴ Ricardo Guastíni referente a la “constitucionalización del ordenamiento jurídico”, expresión con la que da cuenta de la evolución de un sistema constitucional, al tener su ordenamiento totalmente impregnado por normas constitucionales, y cuyas características o condiciones, se reflejarían en la mayor medida en que se aprecie tener: a) una Constitución rígida; b) garantía jurisdiccional de la Constitución; c) fuerza vinculante de la Constitución; d) sobre interpretación de la Constitución; e) aplicación directa de las normas constitucionales; f) interpretación conforme de las leyes, y; g) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. Guastíni, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2003, Pp. 153 y ss.

²⁴⁵ Véase, Rubio Llorente, Francisco, *La jurisdicción Constitucional como forma de Creación de Derecho*, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 8, Núm. 22, En-Abril 1988

²⁴⁶ Marmor, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, Revised Second Edition, Oxford, 2005, P. 141

²⁴⁷ Núñez Torres, Michael, Op. Cit. Nota 48, Pág. 161

²⁴⁸ Sobre este punto, Diego Eduardo López Medina señala que “una nueva visión del derecho y la sociedad puede originar una variación en la teoría de las fuentes del derecho” en López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Colombia, Legis, 4ª rempresión de la 2ª edición, 2007, P.296

encuentren²⁴⁹. Neil Mackormirck, relata que “in one way or another, the reported decisions of the superior courts have become an essential element in the argumentative weaponry of lawyers. They play a crucial part in the construction of judicial opinions in which judges state what they consider the best justifying reasons for the decisions they hand down”²⁵⁰. En Méxicio, Miguel Carbonell ha señalado que la jurisprudencia, hoy en día constituye una fuente de primera importancia en la práctica cotidiana de los tribunales al grado que se ha llegado a considerar que tiene “tanta eficacia como la ley misma, y desde luego, más que la doctrina”²⁵¹.

Esta revaloración del sistema jurisprudencial en México, nos lleva a reflexionar los que señala Wroblewski, “en tiempos recientes podemos observar una gradual difuminación de las diferencias entre estos dos tipos de sistemas –common law y statutory law-...en los sistemas de statutory law, se viene teniendo en cuenta cada vez más la parte del precedente en la práctica judicial, lo cual conduce al concepto del “derecho de los jueces”.

Esto nos lleva a analizar teorías del precedente, podemos ver dos posturas según Michael J. Gerhardt, a saber: a) la visión débil del precedente, que concibe que la Corte no le debe un respeto vinculante a los precedentes y; b) la visión fuerte del precedente, que entiende a los precedentes como la fuente más significativa del Derecho constitucional²⁵². La tensión entre ambas posturas radica de manera especial en las razones que se esgrimen para apartarse de un precedente, es

²⁴⁹ Sobre este tema Jerzy Wróblewski señala que “en tiempos recientes podemos observar una gradual difuminación de las diferencias entre estos dos tipos de sistemas, ellos no eliminan todavía las peculiaridades técnicas concertadas con las formas básicas denominadas fuentes del derecho y con la técnica de su creación y administración. El tema clave consiste aquí en el papel del precedente en la práctica judicial”, en Wróblewski Jerzy, *Sentido y hecho en el derecho*, México, Fontamara, 2ª reimpresión, 2008, P. 295.

²⁵⁰ MacCormick, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law: A theory of legal reasoning*, Oxford, New York, 2005, P. 143.

²⁵¹ Carbonell, Miguel, *Elementos de derecho Constitucional*, México Fontamara, 2ª reimpresión 2009, P. 134.

²⁵² Gerhardt, Michael J., *The power of precedent*, USA, Oxford, 2008 p. 47.

decir, no tanto sobre la posibilidad de soportar los argumentos de una resolución en un precedente, sino sobre el alcance de la vinculación de un precedente que se considera erróneo. Lo anterior se puede reflejar en el caso de *South Carolina v. Gathers* en 1989, donde el *Justice* Scalia, en un voto que disiente²⁵³, establece una serie de criterios sobre la manera en que se debe entender la fidelidad al precedente. En efecto, de este voto disidente se pueden desprender cuatro criterios específicos para la comprensión del cambio del precedente: a) Es conveniente un cambio de criterio sobre interpretación constitucional -cuando éste es erróneo- en un lapso corto para que no adquiera sentimiento de legitimidad; b) Se debe tener claro que la fidelidad que se tiene es al juramento hecho a la Constitución y no a los precedentes constitucionales, menos cuando éstos parecen erróneos; c) Cuando un precedente constitucional se ha arraigado en el sistema, de tal manera que revertirlo sería más perjudicial, se debe entender como un límite implícito para su cambio y; d) La apertura al análisis de precedentes constitucionales se justifica en razón de la enorme dificultad que existe para cambiarlos, ya que, para tales efectos, en ocasiones es necesario llegar incluso al procedimiento de reforma constitucional.

Larry Alexander y Frederick Shauer, señalan que las interpretaciones realizadas por la Corte sobre la Constitución deben obligar a todas las autoridades, no tanto por las razones que puedan contener, sino por el aspecto formal del órgano que emite la interpretación con independencia si las razones de esa interpretación sean buenas o malas. Para llegar a la anterior conclusión, parten que una de las

²⁵³ Una de las apreciaciones más importantes de este voto disidente es la siguiente: "I would think it a violation of my oath to adhere to what I consider a plainly unjustified intrusion upon the democratic process in order that the Court might save face. With some reservation concerning decisions that have become so embedded in our system of government that return is no longer possible (a description that surely does not apply to *Booth*), I agree with Justice Douglas: "A judge looking at a constitutional decision may have compulsions to revere past history and accept what was once written. But he remembers above all else that it is the Constitution which he swore to support and defend, not the gloss which his predecessors may have put on it." Douglas, *Stare Decisis*, 49 Colum. L. Rev. 735, 736 (1949). Or as the Court itself has said: "[W]hen convinced of former error, this Court has never felt constrained to follow precedent. In constitutional questions, where correction depends upon amendment and not upon legislative action this Court throughout its history has freely exercised its power to reexamine the basis of its constitutional decisions" *South Carolina v. Gathers* 490 US 805, 825 (1989), se puede consultar la resolución completa en <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=490&invol=805>

principales funciones del Derecho es determinar qué es lo que se tiene que hacer, un tipo de decisionismo, o lo que ellos llaman “settlement function”²⁵⁴; bajo esta perspectiva, todas las autoridades tienen la obligación de obedecer el contenido constitucional independientemente de que estimen que está moralmente mal, por haber sido decidido así. Luego, argumentan que el proceso de someter su moralidad a lo decidido por la Constitución, es el paso difícil, una vez aceptado que lo decidido por la Constitución establece razones de actuar independientes de su contenido, llegar a obedecer las interpretaciones que haga la Corte de la Constitución, debe ser consecuencia natural, pues tiene el mismo valor, de llegar a una determinación específica que produce seguridad. Lo que hacen estos autores, es exaltar la función de “*settlement*” que produce el derecho sobre cualquier otro valor, no importa que este bien o mal decidido, lo importante es que está decidido y eso en sí mismo es lo que se debe proteger. Por otro lado, determinan que es la Corte la que debe tener autoridad interpretativa para establecer el significado de la Constitución, por una norma preconstitucional de limitar a las mayorías. De manera que tanto el Congreso como el Presidente están sometidos a la voluntad mayoritaria, y por ello la Suprema Corte debe de ser quién interprete la Constitución atendiendo a esa función Constitucional protectora de minorías.

Por otro lado, la jurisprudencia en materia de Derechos Humanos emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el sistema de fuentes resulta importante, porque a partir de la reforma Constitucional del 2011, nuestra postura es que las Jurisprudencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre Derechos Humanos, no son obligatorias sino vinculantes, pues en términos del segundo párrafo del artículo 1º de la Constitución Federal²⁵⁵, no podrían ser perentorias en tanto no excluyen de los órganos jurisdiccionales la obligación de valorar si la razones dadas y sus efectos, favorecen la protección más amplia de los derechos humanos.

²⁵⁴ Alexander, Larry, Schauer Frederick, *On extrajudicial constitutional interpretation*, Harvard Law Review, Volume 110, May 1997, Number 7, P. 1370

²⁵⁵ Art. 1.- “...Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia...”

En cuanto a la obligatoriedad de la jurisprudencia que emite la Suprema Corte, la podemos localizar de manera prístina en el artículo 94 Constitucional y en el artículo 217 de la Ley de Amparo²⁵⁶, pero más aún que la cuestión normativa, la Suprema Corte a través de su Primera Sala, ha señalado que “la aplicación de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a un caso concreto por las autoridades jurisdiccionales representa una cuestión de mera legalidad, aun cuando el criterio contenido en ella se refiera a temas de inconstitucionalidad de leyes o de interpretación directa de preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque la autoridad jurisdiccional correspondiente no hace un nuevo estudio constitucional, sino que se limita a acatar el contenido del artículo 192 de la Ley de Amparo, que la vincula a aplicar el criterio jurisprudencial correspondiente al supuesto que juzga”²⁵⁷.

Este razonamiento nos lleva a entender que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, efectivamente debe ser considerada como una razón autoritativa y perentoria por el resto de los órganos jurisdiccionales mexicanos. Autoritativa en el sentido que por la fuente (la SCJN) obliga ser utilizada en la decisión jurisdiccional. De igual manera deberá entenderse como “razón perentoria”, al ser razón de primer orden, guía para la decisión; y razón de segundo orden, por

²⁵⁶ Artículo 217. -La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

La jurisprudencia que establezcan los Plenos de Circuito es obligatoria para los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales que se ubiquen dentro del circuito correspondiente.

La jurisprudencia que establezcan los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para los órganos mencionados en el párrafo anterior, con excepción de los Plenos de Circuito y de los demás tribunales colegiados de circuito.

La jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

²⁵⁷ Registro No. 161047 Localización: Novena Época Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXIV, Septiembre de 2011 Página: 754 Tesis: 1a./J. 103/2011 Jurisprudencia Materia(s): Común: JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. SU APLICACIÓN REPRESENTA UNA CUESTIÓN DE MERA LEGALIDAD, AUN CUANDO SE REFIERA A LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES O A LA INTERPRETACIÓN DIRECTA DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES.

excluir en la razón práctica, la deliberación de soluciones alternas a la contemplada en la jurisprudencia por la Suprema Corte. Claro, lo anterior al menos que se presente alguna circunstancia bajo la que se pueda realizar una solicitud de modificación de jurisprudencia²⁵⁸ o que existan circunstancias fáctica particular que permitan distinguir el caso de la aplicabilidad de la jurisprudencia (algún tipo de *distinguishing*).

Por lo que toca a los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha señalado que si el Estado Mexicano fue parte del litigio, las resoluciones son obligatorias, que incluso “la Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado Mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada. Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos”²⁵⁹. En tanto que, si el Estado mexicano no ha sido parte en el litigio, deben ser considerados exclusivamente como orientadores “de este modo, los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea

²⁵⁸ Registro No. 169468 Localización: Novena Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVII, Junio de 2008 Página: 14 Tesis: P. XLIV/2008 Tesis Aislada Materia(s): Común JURISPRUDENCIA. EL REQUISITO DE LA SOLICITUD DE MODIFICACIÓN RELATIVO A SU APLICACIÓN EN UN CASO CONCRETO PARA SU PROCEDENCIA, SE ACTUALIZA CUANDO EN UNA RESOLUCIÓN SE CUESTIONA LA EFICACIA DE UN CRITERIO OBLIGATORIO. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 197 de la Ley de Amparo y lo sustentado por el Pleno y la Segunda Sala de la Suprema Corte en las tesis, respectivamente, P. XXXI/97 y 2a. XXVII/2007, en el sentido, la primera, de que para solicitar la modificación de jurisprudencia uno de los requisitos es que, previamente a la solicitud, se haya resuelto un caso concreto con aplicación de la jurisprudencia cuya modificación se pide; y la segunda de que ese requisito debe entenderse en sentido amplio, debe inferirse que ese requisito se satisface cuando en la resolución que dirime el caso particular se cuestiona la eficacia jurídica de un criterio obligatorio y los entes legitimados para elevar la solicitud estiman necesaria su modificación, en aras de preservar la certeza y seguridad jurídica, tanto de los gobernados como de los órganos encargados de administrar justicia, pues la finalidad de la modificación es revisar el criterio sometido a examen y, en su caso, interrumpir su obligatoriedad para emitir uno nuevo que lo sustituya, preservando la unidad de la interpretación de las normas que conforman el orden jurídico nacional.

²⁵⁹ Registro No. 160482 Localización: Décima Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro III, Diciembre de 2011 Página: 556 Tesis: P. LXV/2011 (9a.) Tesis Aislada Materia(s): Constitucional SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO

parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga la posibilidad de que sean los criterios internos los que se cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1o., lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos²⁶⁰. Entonces, tenemos que si el Estado mexicano no fue parte, lo que relata la Corte Interamericana en sus criterios, son autoritativos por la fuente, al vincularnos por el tratado internacional, pero no perentorios para los órganos jurisdiccionales mexicanos pues habrán que valorar si existe alguna interpretación del derecho fundamental manejado por la Corte Interamericana que proteja y desarrolle más ese derecho fundamental.

Entonces, podemos analizar que existen tres niveles competenciales para la protección jurisdiccional de Derechos Humanos: la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, y las jurisdicciones locales. Sin embargo, de acuerdo al segundo párrafo del artículo 1º Constitucional, que ordena que “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”, ningún órgano jurisdiccional, puede establecer una jurisprudencia obligatoria que deba ser considerado como una norma autoritativa y que constituya razones perentorias que excluya la deliberación sobre otras acciones o conductas posibles. Entonces, por la última parte del mandato constitucional, se percibe que siempre se debe analizar si dicha jurisprudencia emitida por la SCJN o por cualquier otro órgano jurisdiccional, contiene las acciones y los efectos que otorgue la protección más

²⁶⁰ Registro No. 160584 Localización: Décima Época Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro III, Diciembre de 2011 Página: 550 Tesis: P. LXVI/2011 (9a.) Tesis Aislada Materia(s): Constitucional CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

amplia de los derechos fundamentales. Por lo tanto, inclusive la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de Derechos Humanos sería vinculante (por la fuente autoritativa), más no obligatoria, hasta en tanto, el órgano jurisdiccional que deba aplicarla determine que no existe otra interpretación que más proteja o desarrolle, el derecho fundamental en estudio.

En México, debido a las reformas constitucionales y los efectos que tuvo en la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, la obligatoriedad de las jurisprudencias emitidas por la Suprema Corte, debe ceder ante las razones valorativas de las conductas que regula. Dicho de otra manera, ya no es suficiente entender que la jurisprudencia es una razón autoritativa y perentoria, sino que compite con múltiples intérpretes de derechos humanos, para buscar su mayor protección. Con esto no decimos, que la jurisprudencia de la Suprema Corte pueda ser soslayada, sino que debe ser tomada en cuenta por ser una norma autoritativa, pero al no ser perentoria, no puede excluir *prima facie*, interpretaciones adicionales que otorguen la protección más amplia de derechos humanos.

Pero es normal que no se preste una forma de obediencia ciega a la jurisprudencia de la Suprema Corte, recordemos que, las razones que contienen son fundamental para la adhesión de órganos jurisdiccionales inferiores. Sobre este punto, Sotirios Barber, señala que “One cannot accept an absolute requirement that the lower courts should always give full cooperation to the Supreme Court unless one is prepared to affirm at least one of the following two propositions: (1) It is impossible for the Supreme Court to err about the law; (2) the Supreme Court has the final say about the law, even when it errs...neither of this propositions is consistent with the Constitution”²⁶¹

²⁶¹ Barber, Sotirios A., On what the Constitution means, Johns Hopkins University Press, Maryland, 1986, PP.. 3-4

II.4. Retomando la tensión entre el principio democrático y el argumento contra mayoritario en la jurisdicción constitucional. Con especial referencia a la reforma constitucional.

Stuart Mill, señala que la libertad civil, es una libertad entendida a partir de un orden político dado y ejercido en contra de gobiernos tiránicos. Justifica la importancia del tema en relación a la evolución de la relación política entre el poder y los gobernados. Primero de dominación, cuando el poder se conseguía por conquistas; luego de subordinación, cuando existía una relación de poder como paralelo u opuesto al de los gobernados; después, con la idea de nación a partir de determinar que el pueblo consciente de su capacidad política y poder para autoregularse se da su forma de gobierno, y que los intereses del pueblo son los de la nación, llegamos al autogobierno que en realidad puede convertirse en el gobierno de mayorías. En este contexto, en contra de un gobierno de mayorías que puede llegar a imponer su opinión o creencias, estudiar la libertad sigue siendo importante para proteger al individuo contra una interferencia ilegítima en su esfera de autonomía por parte de la colectividad²⁶².

En ese sentido, Waldron explica la idea de *well-ordered society*,²⁶³ tomada de John Rawls, como aquella sociedad cuya estructura básica está regulada por ciertos principio de justicia y compuesta de personas que conocen y aceptan las mismas idea de justicia, vamos a poder identificar un tipo de sociedad en que puede ser visible el compromiso general de toda la sociedad a fundamentos de justicia y dignidad, como parte de una cultura democrática. Es importante esta cuestión porque una sociedad de este tipo, debería ser considerada una sociedad también con libertades aseguradas.

²⁶² Véase en Stuart Mill, John, *On Liberty and other essays*, Oxford World Classics, Oxford University Press, 2008.

²⁶³ Waldron, Jeremy, *The harm in Hate Speech*, Harvard University Press, 2012, P 65.

Entonces, la democracia no puede ser vista como un instrumento para oprimir a minorías, como un mecanismo formal para la toma de decisiones a través de una voluntad mayoritaria, sin importar el contenido o consecuencias de dicha decisión. Como señala, Walter Murphy, “consent does not however, function as a magic wand that can cast a benevolent spell over all political arrangements. A system that denies human worth cannot claim consent as the foundation of its legitimacy, for what is worthless can confer nothing”²⁶⁴.

En ese sentido, los derechos constituyen el fin o los fines del colectivo político (proteger, garantizar y desarrollar los derechos fundamentales), Luigi Ferrajoli los llama la razón social de la asociación política. Los poderes constituidos son los órganos de la voluntad pública, voluntad colectiva que tiene antes que nada garantizar los derechos humanos. Así, los derechos se conciben como límites a la acción política, la forma que se convierten en límite para el poder político es positivizandolos en la Constitución y hacer un rígido proceso de enmienda. Los derechos se conciben no sólo como límites a los actores políticos, sino también como el objetivo mismo de los actores políticos. Se entiende que deben interpretarse de forma expansiva. Como consecuencia directa de esto, se reduce el alcance de la acción política y se amplía el alcance del razonamiento normativo o jurisdiccional.

Así las resoluciones que emiten los órganos jurisdiccionales deben basarse en argumentos de principios y no de políticas públicas²⁶⁵. Las resoluciones sostenidas en una directriz decisoria basada en principios, supera dos contraargumentos tradicionales a la creación del derecho por los jueces, a saber: la afectación al principio democrático y la retroactividad de la norma creada en el caso. Esta teoría Dworkiana que llama “*Rights Thesis*”²⁶⁶, supera estas objeciones en virtud de que el juez no pondera sobre el interés colectivo, ni se introduce en la

²⁶⁴ Murphy, Walter, F., “Merlin’s Memory: The past and future imperfect of the once and future polity”, in Levinson Sanford (editor), *Responding to Imperfection, Theory and practice of constitutional amendment*, Princeton University Press, New Jersey, 1995, P. 180

²⁶⁵ Dworkin, Ronald, *Hard Cases*, Harvard Law Review, Volume 88, No. 6, April 1975, P. 1060

²⁶⁶ Ídem. 1058

labor de orientar el objetivo o necesidades de la sociedad, sino que se limita analizar la existencia de un derecho particular que es cuestionado dentro de su jurisdicción. En ese mismo sentido, al no crear un derecho nuevo sino solo identificarlo, no se genera la retroactividad de la norma creada en la decisión.

Los jueces también son sujetos de responsabilidad política, sin embargo, su enfoque es diferente. Dworkin señala que la doctrina de responsabilidad política en términos generales indica que “*political officials must make only such political decision as they can justify within a political theory that also justifies the other decision they propose to make*”²⁶⁷, es decir, sólo se justifican las decisión en una corrección holística y no puede verificarse de manera aislada una decisión que pueda contraponerse con esa teoría política que encierre principios y políticas públicas. La anterior sujeción a responsabilidad política, va exigir lo que Dworkin llama “*articulate consistency*”, sin embargo, señala que tal exigencia de congruencia es más laxa tratándose de políticas públicas y no de principios. Lo que diferencia la aplicación de la teoría de responsabilidad política a los jueces de otros funcionarios, es que el *articulate consistency* recaerá no sobre la regla que se ha desprendido de la decisión anterior, sino de del principio que soporta la regla obtenida en el caso anterior²⁶⁸.

En ese sentido, para diferenciar argumentos de principios y argumentos de políticas públicas, Dworkin con mucha claridad señala que “*arguments of principle are arguments intended to establish an individual right; arguments of policy are arguments intended to establish a collective goal. Principles are propositions that describe rights; policies are propositions that describe goals*”²⁶⁹. Esta diferenciación reafirma las razones por las que los jueces, bajo la teoría de *Rights Thesis*, no deben aplicar argumentos de *policy*, pues como Dworkin menciona, la objeción contramayorita del argumento democrático que impide fijar a los jueces los *collective goals*, sí surtiría plenos efectos.

²⁶⁷ Ídem, P. 1064

²⁶⁸ Ídem, P. 1065

²⁶⁹ Ídem, P. 1067

Dworkin sostiene que la intención legislativa y los principios de *common law*, son instrumentos para aplicar el *Political theory* a asuntos controversiales sobre derechos, por lo que aprecia correcto considerar como un juez más filósofo puede desarrollar en casos apropiados teorías de intención legislativa y principios que requiere, y para ello, inventa a un juez que nombra Hércules, un abogado con habilidades superhumanas, aprendizaje y paciencia acumulada, que acepta que las leyes crean y extinguen derechos, y que los jueces tienen la obligación de seguir con los criterios en decisiones pasadas por su corte o superiores, cuya racionalidad es aplicable al caso²⁷⁰.

Dworkin sostiene la autoridad de la constitución de crear o destruir derechos, en que a través de ella configura un esquema político general que es suficientemente justa para ser tomada como establecida en equidad, de manera que los ciudadanos al tomar los beneficios de vivir en sociedad, todas las instituciones son formadas y dirigidas de acuerdo a ese esquema, deben tomar también las cargas, en tanto no se reforma el esquema o se sustituya por revolución²⁷¹. De suerte que Hércules debe encontrar ese esquema de principios establecidos, a través del desarrollo de una teoría holística constitucional.

Por lo tanto, la función de los jueces, es cuidar el orden constitucional dado, desde una perspectiva de orden de valores y complejo andamiaje institucional, por ello, como señala Michel Troper, “lejos de ser una institución antidemocrática, la Corte se muestra como un elemento esencial del sistema democrático. Las leyes constitucionales, en efecto, sólo pueden adoptarse de conformidad con un procedimiento largo y complejo”²⁷².

²⁷⁰ Ídem, P. 1083

²⁷¹ Ídem, P. 1084

²⁷² Troper, Michel, “El poder judicial y la democracia”, en Malem Jorge, Orozco Jesús, et. Al., *La función judicial. Ética y democracia*, Gedisa, Barcelona, 2003 P. 222

Sin embargo, hay posturas que la Corte debe tener funciones limitadas para no afectar el principio democrático en relación con la reforma constitucional. Siguiendo con la legitimidad del proceso de reforma, la posición de Bruce Ackerman es que tanto los cambios, evolución y aplicación actual de la Constitución, haciendo referencia en especial la de Estados Unidos, es mejor entendida desde una perspectiva de democracia dualista. Es decir, una democracia que distingue dos tipos de decisiones: la tomada por los gobernantes y la tomada por los ciudadanos. Desde la perspectiva dualista, evita que gobernantes alteren las decisiones constitucionales adoptadas por *We the People*, a través de un proceso legislativo ordinario²⁷³. En ese sentido, para que los representantes de los ciudadanos, realicen cualquier cambio constitucional necesitarán de una legitimidad democrática adicional a la obtenida en el proceso electoral de su cargo; es decir, de la movilización de la voluntad ciudadana para poder proclamar que “We the People” cambiaron su opinión y han decidido a través de ese proceso agravado de Higher Law Making, reformar su Constitución.

En esta visión constitucionalista, la función de la Suprema Corte es garante solamente de la necesidad de realizar el proceso de Higher law making, no de revisar las decisiones tomadas por “We the people”. Es decir, controlará a través del judicial review que no se emitan leyes que contravengan o modifiquen los principios constitucionales tomados por “We the people”, pero una vez que hable “We the people”, no puede ser revisada esa decisión por parte de la Suprema Corte²⁷⁴.

²⁷³ “the dualist Constitution prevents elected politicians from exaggerating their authority. They are not to assert that a normal electoral victory has given them a mandate to enact an ordinary statute that overturns the considered judgments previously reached by the people” Ackerman, Bruce, *We The People: Foundations*, USA, Belknap-Harvard, 1993, P. 6

²⁷⁴ “It follows, then, that the dualist will view the Supreme Court from a very different perspective than the monist. The monist treats every act of judicial review as presumptively antidemocratic and strains to save the Supreme Court from the “countermajoritarian difficulty” by one or another ingenious argument. In contrast, the dualist sees the discharge of the preservationist function by the courts as an essential part of a well-order democratic regime. Rather than threatening democracy by frustrating the statutory demands of the political elite in Washington, the courts serve democracy by protecting the hardwon principles of a mobilized citizenry against erosion by political elites who have failed to gain broad and deep popular support for their innovations” Ackerman, Bruce, Op. Cit., Nota 273, P. 10.

Conforme su visión, señala que es un lugar común el mito de la Constitución bicentenaria de los Estados Unidos de América. No se debe entender desde una perspectiva material, que es la misma Constitución que persiste desde la época de la Fundación en 1787²⁷⁵. En la historia constitucional de Estados Unidos, existen tres momentos constitucionales: la Fundación, la Reconstrucción y el New Deal.

La Fundación implica la ruptura de las reglas establecidas por el Pacto de Confederación, pues de lo contrario, se entendería como momento constituyente la elaboración de la Confederación. Para lograr las reformas constitucionales en la Reconstrucción se modificó el principio federalista incrementando visión nacionalista y la diferente relación entre los poderes estados y nación en el proceso de reformas. En tanto que el New Deal, se generó un proceso de reformas por cambio de doctrina constitucional; se cambiaron a los Justices de la Suprema Corte, para aceptar un cambio político que justificara un gobierno intervencionista²⁷⁶.

Lo anterior produce la idea que en la Fundación existe un cambio formal y material de la Constitución; en la Reconstrucción un cambio material; y en el New Deal, no existió cambio alguno, sino el regreso a la doctrina constitucional de la Fundación, de la cual nunca se debieron de haber separado²⁷⁷.

²⁷⁵ "Rather than take the Bicentennial myth seriously, intellectually serious people should describe the radically different government that Americans have made for themselves, and then try to adapt the ceremonial Constitution to promote a better form of political community than the Myth contemplates" Ackerman, Bruce, Op. Cit. Nota 273, P. 35.

²⁷⁶ "the first of these jurisgenerative eras is the Founding itself –the framing of the original Constitution and the Bill of Rights, the Supreme Court's initial assertion of judicial review in *Marbury v. Madison*. A second great period occurs two generations later, with the bloody struggles that ultimately yield the Reconstruction amendments. Then there is another pause of two generations before a third great turning point. This one centers on the 1930's and the dramatic confrontation between the New Deal and the Old Court that ends in the constitutional triumph of the activist welfare state" Ackerman, Bruce, Op. Cit. Nota 273, P. 40

²⁷⁷ "according to the modern myth of rediscovery, the New Dealers did not even contribute new substantive principles to our higher law, let alone rework the very process of higher lawmaking. Instead, their redefinition of American government involved little more than the recollection of some forgotten bits of Founding Wisdom" Ackerman, Op. Cit. Nota 273, P. 47

Por otro lado, Ackerman sostiene que es práctica común que se pretenda a través de modificación en la integración de la Corte, realizar cambios al sistema constitucional²⁷⁸, sin embargo, el proceso de reforma constitucional a través del cambio de doctrina constitucional (por parte de la Suprema Corte) atenta contra la democracia dualista; su función es preservar las decisiones tomadas por el pueblo²⁷⁹.

De tal manera si partimos de una concepción de democracia no formal, entendido como reglas para la toma de decisiones colectivas, sino como desde una perspectiva material que Bobbio define como “aquel régimen que permite tomar decisiones con el máximo de consenso de los ciudadanos, fundado sobre los principios de libertad de modo que los ciudadanos puedan elegir a sus gobernantes, y, al mismo tiempo, fundado sobre el principio del Estado de Derecho, que es lo que obliga a los gobernantes a no exorbitar su poder y ejercerlo en el ámbito de un sistema de normas escritas”²⁸⁰, y que a la postre agrega que la democracia está vinculada con la tradición liberal entendida como los límites del estado “en los derechos naturales, inviolables e imprescriptibles del hombre”.

Esa democracia material, sólo puede ser protegida por la función jurisdiccional, al preservar el orden de valores dado por la constitución a través de los Derechos reconocidos, por lo tanto, hay una relación directa entre la función jurisdiccional y el principio democrático en un Estado Constitucional.

²⁷⁸ “The attempts by President to transform the Constitution through transformative judicial appointments is an entrenched part of modern practice” Ackerman, Bruce, Op. Cit. Nota 273, P. 55

²⁷⁹ Ídem, P. 60

²⁸⁰ Bobbio, Norberto, *Fundamento y futuro de la democracia*, Edeval, Valpariso, 1986. P. 46

III. Experiencia sobre control jurisdiccional de las reformas constitucionales. Especial referencia en México.

III.1. De la no procedencia del control jurisdiccional de reformas constitucionales, al control del procedimiento de Reforma. Caso Camacho Solís.

Los primeros tres precedentes que se desarrollaron sobre el control jurisdiccional de las reformas constitucionales tienen postura que refleja la ideología que el poder de reforma constitucional es un poder soberano, ilimitado y que no procede el amparo en contra de ella.

El primer criterio es de 1935, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el Amparo 819/35, establece que la revisión constitucional es una facultad ilimitada, al grado a través de la reforma se pueden anular derechos fundamentales, sostiene que “no tienen otra vida jurídica que la que les da la propia Constitución, están sujetas a las restricciones que determine la propia Carta Magna”²⁸¹. Por lo tanto, si es ilimitada la facultad de reforma a la Constitución, no tiene sentido hablar de control jurisdiccional de las reformas constitucionales. Con este criterio, queda entendido que no se puede ejercer control jurisdiccional y peor aún, determina un alcance peligroso de la reforma constitucional.

El siguiente precedente en materia de reformas constitucionales se ve casi cincuenta años después, en 1982, en un amparo en contra de la reforma al artículo 28 de la Constitución que nacionaliza el servicio de banca y crédito, resuelto por el Primer Tribunal Colegiado En Materia Administrativa Del Primer Circuito. Antes analizaremos la situación de donde surge el amparo en contra de la reforma. La parte quejosa había obtenido de la Secretaría de Hacienda y

²⁸¹ Época: Quinta Época Registro: 816578 Instancia: Segunda Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Informes Informe 1935 Materia(s): Constitucional Tesis: Página: 96 REFORMAS A LA CONSTITUCION. AUN CUANDO AFECTEN SITUACIONES O DERECHOS CREADOS AL AMPARO DE UNA LEY ANTERIOR, NO SON VIOLATORIAS DE GARANTIAS INDIVIDUALES.

Crédito Público concesiones para prestar al público el servicio de Banca y Crédito, sin embargo, las instituciones financieras fueron expropiadas el día 1º de Septiembre de 1982. En contra de la expropiación acudieron al amparo, y por resolución del juicio 322/82, se les concedió el Amparo y se le ordenó la restitución de las concesiones expropiadas. Sin embargo, el 17 de noviembre de 1982, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la reforma al artículo 28 de la Constitución adicionando el párrafo que dice: “Se exceptúa también de lo previsto en el primera parte del primer párrafo de este artículo la prestación del servicio público de banca y crédito. Este servicio será prestado exclusivamente por el Estado a través de instituciones, en los términos que establezca la correspondiente ley reglamentaria...”²⁸². Esta reforma constitucional cambió la situación jurídica de los quejosos, debido a ella, eran de imposible reparación los derechos violados por la expropiación señalada como acto prístino de los juicios de amparo.

En contra de la reforma constitucional, los quejosos presentaron nuevamente una demanda de amparo, que quedó registrada con en el número 410/82, en la que señalaron como actos reclamados la reforma constitucional y todas sus consecuencias. Dentro de los conceptos de violación plantearon como afectación “la reducción del campo de ejercicio de la libertad de comercio e industria de las quejosas, sustrayendo de dicha esfera el servicio al público de la banca y crédito para constituir un nuevo monopolio estatal incompatible con las decisiones políticas fundamentales tomadas por el Constituyente de 1917”; también alegaron que con la reforma se obstruye la restitución de las concesiones ordenadas por sentencia del primer juicio de amparo. El argumento utilizado para negar el amparo y determinar el improcedencia del juicio de amparo, fue que “el juicio de amparo constituye un medio de defensa, el más eficaz, de nuestra Constitución Política, por lo cual resulta absurdo y contra toda lógica jurídica que se pretenda utilizar ese medio de defensa para impugnar, y en su caso destruir la Constitución,

²⁸² Cabe señalar que el 27 de junio de 1990, se publicó en el Diario Oficial de la Federación otra reforma al artículo 28 Constitucional derogando el párrafo quinto, que establecía que el servicio público de banca y crédito era exclusivamente prestado por el Estado.

de la cual forma parte la adición señalada como acto reclamado”²⁸³. También razona que del artículo 103 de la Constitución que establece los casos en que procede el juicio de amparo, no se desprende que pueda ser procedente en contra de la propia Constitución. Como se puede observar, al declarar improcedente el juicio, no se tuvo la oportunidad de estudiar el argumento de fondo.

El siguiente precedente en materia de control jurisdiccional de reformas constitucional, cronológicamente hablando, es el emitido por el Segundo Tribunal Colegiado Del Décimo Sexto Circuito, en el amparo en revisión 60/92. Tres son las razones que establece para determinar la improcedencia del Juicio de Amparo²⁸⁴:

- Una reforma constitucional “nunca puede ser inconstitucional, sólo deberá ser corregida la existencia de alguna eventual reforma que se estime contraria al espíritu del constituyente de Querétaro, por medio de otra reforma y por el órgano de referencia”.
- Admitir el amparo en contra de las reformas a la constitución sería “como admitir que un poder constituido, como lo es el Judicial de la Federación, asumiera funciones de poder constituyente”.
- “La ley suprema no puede, constitucionalmente hablando, vulnerar las garantías individuales que ella misma establece”.

Los primeros dos argumentos continúan en la directriz que se había manejado en los precedentes anteriores, es decir, que la reforma constitucional es una función soberana, ilimitada, y realizada por un poder constituyente permanente, no un

²⁸³ No. Registro: 249,740 Tesis aislada Materia(s): Constitucional, Séptima Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, 169-174 Sexta Parte, Tesis: Página: 56, Genealogía: Informe 1983, Tercera, Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 7, página 30. CONSTITUCION, REFORMAS A LA. AMPARO IMPROCEDENTE.

²⁸⁴ No. Registro: 216,167 Tesis aislada, Materia(s): Común, Constitucional Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, XI, Junio de 1993, Tesis: Página: 244 CONSTITUCION, REFORMA A LA. AMPARO IMPROCEDENTE.

poder constituido. El tercer argumento, va relacionado con la concepción de que no hay más derechos que los otorgados por la Constitución, y que están disponibles por la soberanía para su modificación o anulación.

El Amparo Camacho Solís²⁸⁵ es un precedente muy importante porque se aparta de estos criterios establecidos, y constituye el primer precedente en el que se contempla un control formal al procedimiento de reformas constitucionales.

En 1996 se reformó la constitución para cambiar la estructura del Gobierno del Distrito Federal, entre otras cosas, transformó la figura del jefe del departamento a Jefe de Gobierno²⁸⁶. La reforma al artículo 122 del Pacto Federal, base segunda, inciso C, segundo párrafo del apartado I, estableció que: “Para ser jefe de Gobierno del Distrito Federal deberán reunirse los requisitos que establezca el Estatuto de Gobierno, entre los que deberán estar: ser ciudadano mexicano por nacimiento en pleno goce de sus derechos con una residencia efectiva de tres años inmediatamente anteriores al día de la elección, si es originario del Distrito Federal, o de cinco años ininterrumpidos para los nacidos en otra entidad; tener cuando menos treinta años cumplidos al día de la elección; y no haber desempeñado anteriormente el cargo de jefe de Gobierno del Distrito Federal con cualquier carácter. ...”. Manuel Camacho Solís, había sido jefe del Departamento del Distrito Federal, del 01 de diciembre de 1988 al 29 de noviembre de 1993. De tal manera, que con la prohibición señalada, no podía aspirar ahora a ser Jefe de Gobierno.

En contra de dicha reforma constitucional Manuel Camacho Solís presenta demanda de amparo, en el que reclamo como derechos violados los contenidos en los artículos 1o., 14, 16 y 17, en relación con los artículos 49, 50, 71, 72 y 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La demanda quedó radicada en el Juzgado Cuarto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito

²⁸⁵ Amparo en Revisión 1334/98 resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el día 09 de septiembre de 1999.

²⁸⁶ Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de Agosto de 1996.

Federal, con el número 207/96. El juez desechó la demanda de amparo por notoriamente improcedente, y soportó su resolución en la tesis de rubro “Constitución, Reforma a la. Amparo Improcedente”, es decir, no entró al fondo del asunto.

Manuel Camacho Solís presentó recurso de revisión en contra de dicho acuerdo²⁸⁷, y solicitó que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ejerciera la facultad de atracción para resolver sobre la improcedencia del Juicio de Amparo²⁸⁸. El Pleno de la SCJN resolvió atraer el amparo en revisión²⁸⁹, y al resolverlo determinó revocar el auto que desechó la demanda y regresar el expediente al Juzgado Cuarto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, para que conociera el fondo del asunto y emitiera en plenitud de jurisdicción la sentencia correspondiente. El argumento que sostuvo el Pleno para revocar la improcedencia fue el siguiente:

“el juicio de amparo es procedente contra el proceso legislativo que da lugar a una reforma a la Carta Magna, aun cuando aquella haya sido elevada formalmente a la categoría de norma suprema, en tanto que sostener lo contrario implicaría desconocer la eficacia de este medio de control constitucional, en un punto de tanta trascendencia; además de que no habría forma de remediar el posible incumplimiento de formalidades especiales establecidas determinadas por el artículo 135 constitucional, ni habría manera de reparar a los agraviados en sus derechos violados, pudiendo llegarse al extremo jamás deseable, nunca admisible, de que por el simple hecho de elevar a la categoría de norma suprema alguna disposición, se violentaran derechos fundamentales sin posibilidad de defensa.’. Nuestra Ley Fundamental asigna al Poder Judicial de la Federación, entre otras facultades, la del control de la constitucionalidad de los actos de cualquier autoridad que violen garantías; así pues, al desempeñar esta función

²⁸⁷ Que fue turnado al Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa en el Distrito Federal y quedó radicado con el número de Amparo en Revisión 3272/96.

²⁸⁸ Registrado por la Presidencia de la Suprema Corte con e expediente Varios 631/96.

²⁸⁹ Resuelto el ejercicio de facultad de atracción, el amparo en revisión quedó registrado con el número 2696/96.

interviene y decide como órgano judicial supremo del Estado Mexicano, teniendo como único límite al Constituyente Originario y a la Constitución. 'Lo antes expuesto da sustento a las siguientes conclusiones: 1a. En la legislación mexicana no existe disposición expresa que prohíba el ejercicio de la acción de amparo en contra del proceso de reformas a la Carta Magna; 2a. Es innegable que los tribunales de la Federación están facultados para intervenir en el conocimiento de cualquier problema relativo a la violación de derechos fundamentales; 3a. La función primordial, encomendada al Poder Judicial de la Federación por el artículo 103 constitucional es la de resolver controversias por leyes o actos de la autoridad; 4a. Las entidades que intervienen en el proceso legislativo de una reforma constitucional, que en ejercicio de sus atribuciones secuenciales integran el órgano revisor, son autoridades constituidas, en tanto que se ha determinado que tienen tal carácter las que dictan, promulgan, publican, ordenan, ejecutan o tratan de ejecutar la ley o el acto reclamado; y, 5a. No obstante que el resultado del procedimiento reclamado, hubiere quedado elevado formalmente a la categoría de norma suprema; dicho procedimiento es impugnabile a través del juicio de amparo”.

El 29 de agosto de 1997, la Juez Cuarto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, emitió sentencia, en el que sobreseyó la demanda de Amparo, sosteniendo que se había actualizado una causal de improcedencia. La juez utilizando una norma de clausura en materia de improcedencia contenida en el artículo 73 Fracción XVIII de la Ley de Amparo²⁹⁰, sostuvo que era improcedente el juicio debido a que el Quejoso reclamaba que la reforma le imposibilitaba ser candidato a ocupar el cargo de Jefe de Gobierno del Distrito Federal, sin embargo, las elección al cargo se habían celebrado el día 06 de julio de 1997, por lo tanto, la sentencia de amparo no iba a poder tener efectos restitutorios. Ante la consumación de los efectos del acto reclamado de manera irreparable y la imposibilidad de los efectos restitutorios de la sentencia, sobreseyó el juicio.

²⁹⁰ Ley de Amparo: “Artículo 73.- El juicio de amparo es improcedente: ... XVIII.- En los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la ley.”

Manuel Camacho Solís presentó recurso de revisión en contra de la sentencia, que fue admitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 18 de Mayo de 1998. Es interesante resaltar que el 17 de Agosto de 1999, el Pleno vio por primera vez un proyecto de sentencia elaborado por el Ministro Juventino V. Castro y Castro, sin embargo por mayoría de siete votos, se determinó desechar la consulta en su parte considerativa y retornar el proyecto. El 20 de agosto de 1999, el asunto se turnó al Ministro Mariano Azuela Güitrón para que formulara nuevo proyecto de resolución.

En la resolución del Pleno, determinaron levantar el sobreseimiento, razonando que:

“...no puede decirse que del análisis integral de la demanda se deduzca, de manera indubitable, que el propósito del quejoso al promover el juicio se circunscribiera únicamente a registrarse como candidato a contender en las elecciones para acceder al cargo de jefe de Gobierno del Distrito Federal, que tuvieron verificativo en mil novecientos noventa y siete, sino más bien se dirigieron a patentizar que ese era el efecto inmediato que producía en su esfera jurídica la vigencia del procedimiento de reforma constitucional impugnado, lo cual de ninguna manera puede implicar su aquiescencia con ella una vez realizado el aludido proceso electoral, pues no existe manifestación alguna en tal sentido.

En consecuencia, al no quedar acreditado, de manera indudable, que el único propósito del quejoso al promover el juicio lo fuera el contender para las multicitadas elecciones que ya tuvieron verificativo, no era procedente decretar el sobreseimiento en el juicio...”

Levantado el sobreseimiento, el Pleno entró al estudio del fondo del amparo. Dentro de la demanda, se habían presentado conceptos de violación alegando vicios al procedimiento de reforma. El más importante de ellos, fue en relación a que la iniciativa de reforma fue presentada por el Presidente, Senadores y miembros de la Cámara de Diputados, alegando que dicha presentación conjunta vulnera “el principio que sustenta la existencia del sistema bicameral del Congreso de la Unión, que requiere la actuación separada, sucesiva e independiente de

cada una de ellas” y que por lo tanto era violatorio de las garantías de legalidad y seguridad jurídica que prevén los artículos 1o., 14, 16 y 17, en relación con el principio de división de poderes y las formalidades del proceso legislativo que consagran los numerales 49, 71 y 72 de la Constitución. A este argumento el Pleno de la Suprema Corte respondió que la presentación de la iniciativa conjunta, sólo implicaba iniciar el proceso de reforma y realizar la deliberación correspondiente, no un resultado específico²⁹¹. De tal manera, después de levantar el sobreseimiento, se negó el amparo.

Lo que resulta importante del caso, es que no se cerró el camino a impugnar vía Juicio de Amparo el procedimiento de Reformas Constitucionales, al contrario, del debate y proyecto de resolución de este juicio, salieron varios precedentes muy importantes, como son:

- Reforma constitucional, amparo contra su proceso de creación. El interés jurídico deriva de la afectación que produce, en la esfera de derechos del quejoso, el contenido de los preceptos modificados.²⁹²
- Reforma constitucional, amparo contra su proceso de creación. Procede por violación a derechos políticos asociados con garantías individuales.²⁹³

²⁹¹ El pleno en el Considerando Décimo Segundo, sostuvo: “la iniciativa de leyes y decretos sólo tiene carácter propositivo y no vinculativo con la posibilidad de deliberación y aprobación de normas, que constituye la esencia del ejercicio de las facultades legislativas para crear, modificar y suprimir los preceptos jurídicos que forman los ordenamientos legales, que por tanto no puede constituir intromisión alguna en el ámbito de atribuciones legislativas del Congreso de la Unión, de ello deriva lo infundado del concepto de violación en que el quejoso aduce que la presentación conjunta de la iniciativa infrinja el principio de división de poderes consagrado en el artículo 49 constitucional, puesto que la reforma de los preceptos de la Carta Magna se llevó a efecto con la intervención esencial, en cuanto a la participación en debates y votación, de los miembros de las Legislaturas Federal y de los Estados, en términos de lo requerido por el artículo 135 de la Norma Suprema, por lo que no puede decirse que órganos diversos del legislativo interviniesen de modo decisivo en la aprobación de la reforma constitucional que se impugna”.

²⁹² No. Registro: 193,249, Tesis aislada, Materia(s): Constitucional, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, X, Septiembre de 1999, Tesis: P. LXII/99, Página: 11

²⁹³ No. Registro: 193,250, Tesis aislada, Materia(s): Constitucional, Novena Época Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, X, Septiembre de 1999, Tesis: P. LXIII/99, Página: 13

- Reforma constitucional, amparo contra su proceso de creación. Para su procedencia no se requiere de la expresión, en exclusiva, de violaciones relacionadas con el artículo 135 de la constitución.²⁹⁴
- Iniciativa de reforma constitucional. su presentación conjunta por el presidente de la república y miembros de ambas Cámaras del Congreso de la Unión no pugna con el requisito previsto por el artículo 71 constitucional.²⁹⁵
- Iniciativa de reforma constitucional. Su presentación conjunta por el Presidente de la República y miembros de ambas Cámaras del Congreso de la Unión no vincula el resultado de su discusión y votación ni, por ende, constituye transgresión al principio de división de poderes.²⁹⁶
- Reforma constitucional, amparo contra su proceso de creación. La celebración de elecciones al cargo de Jefe de Gobierno del Distrito Federal no genera la improcedencia del juicio, si subsiste el impedimento del quejoso para contender en futuros procesos electorales.²⁹⁷

²⁹⁴ No. Registro: 903,015 Tesis aislada, Materia(s): Constitucional, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Apéndice 2000, Tomo I, Const., P.R. SCJN, Tesis: 2342, Página: 1628, Genealogía: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena, Época, Tomo X, septiembre de 1999, página 12, Pleno, tesis P. LXVI/99.

²⁹⁵ No. Registro: 193,255 Tesis aislada Materia(s): Constitucional, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, X, Septiembre de 1999, Tesis: P. LXVIII/99, Página: 9

²⁹⁶ No. Registro: 193,254, Tesis aislada, Materia(s): Constitucional Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, X, Septiembre de 1999, Tesis: P. LXVII/99, Página: 10

²⁹⁷ No. Registro: 193,248, Tesis aislada, Materia(s): Constitucional, Novena Época Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, X, Septiembre de 1999, Tesis: P. LXI/99, Página: 12

No obstante, una minoría de tres Ministros no estuvieron de acuerdo con revocar el sobreseimiento. Los Ministros Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios y Juan Díaz Romero, emitieron un voto aclaratorio, en el que consideraban que el amparo en contra de la reforma constitucional, no debía ser procedente²⁹⁸.

III.2. Resurgimiento de la doctrina del poder constituyente permanente en México. Caso: Controversia Constitucional del Municipio de San Pedro de Oaxaca.

Como vimos, con el caso Camacho Solís, la SCJN racionaliza la posibilidad de ejercer control constitucional en contra del proceso de reformas constitucionales. Sin embargo, no duró mucho este criterio. El 14 de Agosto de 2001, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la reforma que adiciona un segundo y tercer párrafos al artículo 1o., reforma el artículo 2o., se deroga el párrafo primero del artículo 4o., y se adicionan un sexto párrafo al artículo 18, y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos

²⁹⁸ En el voto aclaratorio, señalaron como razones para sostener la improcedencia entre otros que “el Órgano Reformador queda sometido a la Constitución pero, por su naturaleza jurídica, es un órgano intermedio entre el Constituyente Originario y las autoridades constituidas, cuyas cualidades se precisan en el artículo 135 constitucional, de cuya estructura aparece también que dicho órgano no puede válidamente considerarse como una autoridad equiparable a los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial, pues aun cuando se halla sometido al Constituyente Originario, también se encuentra por encima de dichos poderes constituidos, por cuanto puede establecer sus atribuciones.” Lo que refleja un gran problema para la Supremacía Constitucional, ya que hay un poder constituido, que si bien está sometido a la Constitución, quedaría a su buena voluntad su observancia. Otro argumento que señalaron los Ministros, es de carácter más pragmático: “No pasa inadvertido que la improcedencia del juicio de amparo en contra de una reforma constitucional, coloca a ésta fuera del control judicial necesario para preservar el orden jurídico fundamental; pero admitir su procedencia, significa resquebrajar la unidad del sistema constitucional, desvirtuándose la certidumbre sobre la validez de las normas constitucionales con las consiguientes consecuencias en la práctica y en la administración de justicia, produciéndose de tal manera perjuicios a la sociedad y al orden jurídico que no compensan el beneficio obtenido por el quejoso”. Con la formula otero o relatividad de sentencias, el amparo sólo beneficia al quejoso, por lo tanto, este argumento resulta interesante porque efectivamente, podría generar dos sistemas constitucionales, uno el que obtuvo la sentencia de amparo y que no se le va aplicar la norma constitucional declarada inconstitucional, y otro, para el resto de la población que no acudió al amparo.

Mexicanos; en contra de esta reforma constitucional, se presentaron diferentes medios de control constitucional.

La comunidad Indígena Zirahuén, Municipio de Salvador Escalante, Michoacán, presentó juicio de amparo en contra de la reforma constitucional, sin embargo no prosperó. Pero lo trascendente, es que la Segunda Sala de la SCJN, cerró la vía del amparo para impugnar estos actos argumentando que “el Constituyente estableció la posibilidad de adicionar o reformar la propia Ley Fundamental a través de las instituciones representativas de la voluntad de la Nación Mexicana, sin dar intervención directa al pueblo, esto es, no se prevé medio de defensa alguno para impugnar el contenido de una modificación constitucional, ya que ello atentaría contra el sistema establecido”²⁹⁹. Este argumento expresado no tiene congruencia, pues del hecho que el Poder Constituyente estableciera que a través de los representantes sin necesidad de un plebiscito, referéndum o cualquier mecanismo de consulta popular, se realizara determinado acto, no implica que ese acto de un poder constituido no pueda ser sometido a un mecanismo de control constitucional.

El otro argumento utilizado por la Segunda Sala para negar la procedencia del amparo en contra de reformas constitucionales, es en relación a los efectos de la sentencia, más particular al principio de relatividad de sentencias del juicio de amparo. La Sala sostuvo que “en términos de lo dispuesto en los artículos 107, fracción II, de la Constitución Federal y 76 de la Ley de Amparo, sus efectos no podrían ser los de obligar al Órgano Reformador de la Constitución a reponer el proceso de reformas a la propia Carta Magna, porque con ello se darían efectos generales a la ejecutoria, en contravención al principio aludido”. De tal manera, un amparo en contra del procedimiento de reformas constitucionales podría tener la posibilidad de reponer el procedimiento de

²⁹⁹ Época: Novena Época Registro: 185509 Instancia: Segunda Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XVI, Noviembre de 2002 Materia(s): Constitucional, Común Tesis: 2a. CXLI/2002 Página: 455 REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS DE LOS INDÍGENAS. CARECE DE INTERÉS JURÍDICO UNA COMUNIDAD INDÍGENA PARA RECLAMAR EN JUICIO DE AMPARO EL PROCESO RELATIVO.

reforma y esto tendría impacto más allá de la esfera jurídica de los quejosos, violaría el principio de relatividad de sentencia, y por lo tanto, no puede ser procedente la demanda en contra de reformas a la Constitución”.

Con este criterio, el amparo ya no iba ser procedente. Y aún más con la Controversia Constitucional presentada por el Municipio de San Pedro Quiatoni, Tlacolula, Estado De Oaxaca³⁰⁰, el Pleno de la SCJN, determinó que no había mecanismo de control jurisdiccional de la Constitución alguno en contra de la reforma constitucional.

El tres de Septiembre de 2001, el Municipio de San Pedro Quiatoni, Tlacolula, Estado De Oaxaca presentó a través del Síndico Municipal, una Controversia Constitucional, en contra de la reforma constitucional. Los argumentos para impugnar la invalidez de la reforma constitucional se dirigieron en parte a vicios en el procedimiento de reforma, en particular, que la Comisión Permanente, no esperó a que llegaran los votos de todos los Estados, para hacer la declaratoria correspondiente, sostuvo en esencia que:

“Al verificar la Comisión Permanente del Congreso de la Unión el cómputo de los votos de las legislaturas sin contar con la totalidad de los mismos, ejerció facultades que ninguna ley le concede, porque no puede disponer de un procedimiento de naturaleza pública e irrenunciable y, con ello, violó los artículos 71 y 72 constitucionales, que contienen las normas del proceso legislativo, el 133 que establece el principio de supremacía constitucional y el 135 que establece la rigidez de la Constitución, que es precisamente el cúmulo de formalidades y actos que deben realizarse para que una reforma sea válida; por tanto, debe declararse la invalidez del cómputo de los votos

³⁰⁰ Controversia Constitucional 82/2001, Resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 06 de septiembre de 2002.

de las Legislaturas Estatales y de los actos derivados que se apoyen o que estén condicionados por él.”

El segundo argumento planteado en la Controversia Constitucional, se dirigió a señalar que la reforma no cumplió con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en relación a la consulta que tenía que realizar a los pueblos indígenas, así como el soslayo de incluir dentro de la reforma los acuerdos de San Andrés Larráinzar³⁰¹, por lo tanto violó el artículo 133 de la Constitución. El tercer argumento, muy similar al primero, alega violación al principio de rigidez constitucional por no haberse la voluntad del Constituyente Permanente porque no se esperó a que todos los Estados enviaran su voto. En general, siguiendo el precedente de Camacho Solís, el Municipio se dirigió a combatir el procedimiento, no el artículo constitucional reformado, tanto que aclaró en su escrito de controversia: “debe precisarse que reclamo el cúmulo de violaciones procesales cometidas en el procedimiento impugnado, y de ninguna manera reclamo el contenido material ni la actividad soberana del Constituyente Permanente”.

Sin embargo, el Pleno de la Suprema Corte, no entró a analizar los argumentos planteados, sino conforme el proyecto presentado por la Ministra Olga María Del Carmen Sánchez Cordero De García Villegas, se estudió nuevamente la competencia para ejercer control constitucional sobre la reforma constitucional, para llegar a la conclusión que la Suprema Corte no podía ejercer control constitucional sobre los actos del Poder Reformador de la Constitución y resolvió declarando improcedente la controversia.

³⁰¹ Particularmente: A) Considerar a los pueblos y comunidades indígenas como entidades de derecho público. B) Establecer con precisión la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas. C) Reconocer los derechos de propiedad y posesión de los pueblos y comunidades indígenas sobre sus tierras, que venían ocupando desde tiempo inmemorial y que denotan el área en la que se desarrolla la cultura de cada uno de ellos. D) La libre asociación de los pueblos y comunidades indígenas para el desarrollo de las regiones. E) La existencia de Municipios indígenas.

Dos ideas principales sirvieron como base para estructurar la línea argumentativa del Pleno: a) El Poder de Reforma a la Constitución como una extensión del Poder Constituyente y superior a los poderes constituidos; y b) La falta de autorización expresa dentro del texto de la Constitución para ejercer a través de la controversia constitucional el control constitucional de actos del Poder de Reforma.

De los argumentos que sostuvo el Pleno en la resolución, podemos destacar los siguientes:

- “Los actos impugnados en la presente controversia provienen de un órgano sucesor directo del Constituyente Originario, investido de atribuciones que correspondería ejercitar a este último, pero que antes de desaparecer del escenario político-jurídico las transfiere y deposita de modo expreso en un órgano especial y complejo que la doctrina denomina "Órgano Reformador" o "Revisor", descrito en el artículo 135 de la Constitución Federal, que no tolera el desmembramiento lógico de sus componentes debido a que integran una entidad compleja pero unitaria en el desempeño de su atribución específica”.
- “Toda vez que esas reformas constitucionales emanan de una autoridad no incluida expresamente en ninguna parte del artículo 105 constitucional, fuerza es concluir que la presente controversia, apoyada en dicho precepto, resulta improcedente, toda vez que a esta Suprema Corte de Justicia la Carta Fundamental de la República no le confiere facultad expresa”.
- “El procedimiento de reformas y adiciones regulado en el artículo 135 constitucional no es susceptible de control por la vía jurisdiccional, ya que lo encuentra en sí mismo, porque los órganos que en él actúan no lo hacen en su carácter aislado de órganos ordinarios constituidos, sino en su función extraordinaria de Órgano Reformador de la Constitución Federal, realizando

una función de carácter exclusivamente constitucional, no equiparable a la de ninguno de los órdenes parciales”.

Hubo un tercer argumento que fue accesorio, en relación de los efectos de la sentencia de la Controversia Constitucional si llegara a ser procedente. Esto es, conforme el artículo 105 fracción I, si el actor de la Controversia es un Estado o Municipio, la declaratoria de invalidez sólo tendría efecto dentro de la esfera competencial de ese Estado o Municipio, lo cual resultaría en perjuicio de la supremacía constitucional.

La sentencia no salió por unanimidad, sino por mayoría de ocho votos, en los que estuvieron a favor los Ministros Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, José Vicente Aguinaco Alemán, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga Sánchez Cordero de García Villegas -ponente del proyecto- y presidente Genaro David Góngora Pimentel, y en contra los Ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón y Juan N. Silva Meza. Sin embargo, fue la mayoría calificada para que se emitiera la jurisprudencia siguiente:

PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JURISDICCIONAL.

De acuerdo con el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución no es susceptible de control jurisdiccional, ya que lo encuentra en sí mismo; esto es, la función que realizan el Congreso de la Unión, al acordar las modificaciones, las Legislaturas Estatales al aprobarlas, y aquél o la Comisión Permanente al realizar el cómputo de votos de las Legislaturas Locales y, en su caso, la declaración de haber sido aprobadas las reformas constitucionales, no lo hacen en su carácter aislado de órganos ordinarios constituidos, sino en el extraordinario de Órgano Reformador de la Constitución, realizando una función de carácter exclusivamente constitucional, no equiparable a la de ninguno de los órdenes jurídicos parciales, constituyendo de esta manera una función soberana,

no sujeta a ningún tipo de control externo, porque en la conformación compleja del órgano y en la atribución constitucional de su función, se encuentra su propia garantía.³⁰²

Como se desprende de la jurisprudencia, regresa la idea del Poder Reformador Soberano, muy similar a la idea de Felipe Tena Ramírez con el Poder Constituyente Permanente, sin límites y sin posibilidad que sus actos sean sometidos a control constitucional.

No obstante el voto de la mayoría, los Ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón y Juan N. Silva Meza, realizaron voto minoritario, que si bien, no contrarresta la obligatoriedad de la resolución y de la jurisprudencia, exponen razones en contra del proyecto que resultan muy ilustrativos.

En el voto minoritario los Ministros se oponen a que el Poder de Reforma sea un órgano diferente a los constituidos, señalan que:

“en el artículo 135 se establece un procedimiento en el que tienen injerencia los Poderes Constituidos y no se prevé la existencia de un órgano diverso con la facultad expresa de reformar o modificar el texto constitucional, como tampoco se prevé que el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados, por intervenir en el procedimiento de reformas integren un órgano especial de distinta jerarquía. Más aún, dentro del sistema establecido no se previene que esos órganos lleguen a actuar reunidos integrando un nuevo cuerpo; simplemente su actuar concatenado y con la condición del respeto al procedimiento, producirá el efecto de hacer formar parte de la Constitución nuevas normas.

Dicho de otra manera, el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados al intervenir en el procedimiento de reformas a la Constitución, se limitan a ejercer una facultad que les confiere ésta, lo que no significa la

³⁰² No. Registro: 185,941 Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVI, Septiembre de 2002, Tesis: P./J. 39/2002, Página: 1136

modificación de su naturaleza de Poderes Constituidos. Sólo ejercen una atribución que, en la forma descrita, participará en las características del Constituyente en tanto que éste produjo la Constitución y aquéllos la pueden reformar o adicionar.”

Otro argumento importante en el voto minoritario va en relación a la función soberana del poder reformador que sostiene la tesis de jurisprudencia. La Ministros que integran la minoría disidente consideran que la función de reforma tiene límites, no es un función soberana como tal:

“la función reformadora de la Constitución debe realizarse acatando lo dispuesto en la propia Constitución en dos aspectos: esencial y formal.

El esencial se refiere a los principios intocables, a aquellos que son expresión de los valores fundamentales de una comunidad, que de tocarse atentarían contra ella y que se siguen de su propia naturaleza y constituyen la superestructura constitucional creada por el Constituyente.

El formal se constituye por la actuación combinada de los Poderes Legislativo Federal y Locales, y la sujeción a un procedimiento que garantice que cualquier modificación o adición al texto constitucional sea efectivamente su voluntad.

El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados en su función reformadora de la Constitución se encuentran sujetos al estricto régimen jurídico constitucional, en tanto que la propia Carta Magna, en el precepto citado, circunscribe su actuación a reformar o adicionar las normas constitucionales, lo que impide la nulificación total y simultánea de la Constitución y del espíritu que inspira la misma que, precisamente, da vida y justificación a los órganos constituidos que participan en el proceso de reforma y en la función reformadora que les encomienda”.

Como corolario a lo anterior, los ministros que integran la minoría expusieron en su voto que en contra de la reforma constitucional, todos los mecanismos

jurisdiccionales de control constitucional son procedentes para salvaguardar el orden constitucional, y expusieron que el argumento de la mayoría para sostener su improcedencia contenía una falacia de petición de principio:

“la resolución mayoritaria incurre en una típica petición de principio al partir del presupuesto de que se está en presencia de normas constitucionales, de normas emanadas del órgano al que la Constitución le otorga la atribución de reformarla o adicionarla, cuando precisamente lo que se cuestiona en las controversias constitucionales es que no se está ante una reforma constitucional auténtica, ni tampoco ante un acto de lo que la mayoría del Pleno denomina el "Órgano Reformador", pues al violentarse la Constitución en el riguroso procedimiento que establece para ese tipo de reformas que deben cumplir los Poderes Constituidos, a saber, el Poder Legislativo Federal, integrado por las Cámaras de Diputados y Senadores del Congreso de la Unión, y los Poderes Legislativos de los Estados, se está ante una reforma aparente que al no cumplir los requisitos referidos no puede producir la reforma constitucional que pretendieron. En efecto, para determinarse si son auténticas reformas constitucionales se tendría que examinar si se cumplieron los requisitos que el artículo 135 constitucional establece para que lo sean, pero esto no se hace en las sentencias mayoritarias porque previamente se considera que sí son reformas constitucionales, cuando es ello precisamente lo que se está cuestionando, lo que evidentemente provoca un estado de indefensión al establecerse dogmáticamente la conclusión sin haber analizado el cuestionamiento que lleva a ella”.

El voto minoritario sólo justifica las razones por las que una parte de los integrantes se separa ya sea del sentido de la resolución o de las razones por las que la mayoría llegó a ese sentido. No tiene efectos obligatorios dentro de la resolución. Sin embargo, resultan muy ilustrativos para entender la posición teórica de los integrantes del Pleno.

Así, la controversia del Municipio de San Pedro Quiatoni, Tlacolula, Estado De Oaxaca, fue importante por el grave retroceso que implicó en el control

jurisdiccional de las reformas constitucionales. La mayoría del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación entendió que el Poder de Reforma a la Constitución es un poder Independiente de los Poderes Constituidos, con facultades soberanas, y que escapa por su naturaleza cualquier tipo de control constitucional. Por lo tanto, un poder constituido ilimitado. Esto sin duda afecta el orden constitucional, acaba con la ideología básica de Constitución como límite al poder político.

III. 3. Replanteamiento del Control jurisdiccional de las reformas constitucionales. La reforma electoral de 2007.

Cinco años después de la jurisprudencia anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se volvió a plantear el control jurisdiccional de reformas constitucional a la constitución. Ahora con una diferente integración del Pleno, la discusión tomó otro sentido.

El trece de noviembre de dos mil siete, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el decreto por el que se reforma el primer párrafo del artículo 6º; se reforman y adicionan los artículos 41 y 99; se reforma el párrafo primero del artículo 85; se reforma el párrafo primero del artículo 108; se reforma y adiciona la fracción IV del artículo 116; se reforma el inciso f) de la fracción V de la base primera del artículo 122; se adicionan tres párrafos finales al artículo 134; y se deroga el párrafo tercero del artículo 97, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En contra de esta reforma se presentaron dos tipos de medio de control jurisdiccional de la Constitución. Los partidos Políticos Convergencia y Nueva Alianza presentaron Acciones de inconstitucionalidad. Por otro lado, el Centro Empresarial de Jalisco, el Sindicato Patronal Denominado Centro Empresarial del

Valle del Fuerte, Televimex, Sociedad Anónima de Capital Variable y Cadena Radiodifusora Mexicana, Sociedad Anónima de Capital Variable, Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Monterrey, entre otros³⁰³, presentaron juicios de amparo en contra de la reforma.

Las acciones de inconstitucionalidad se registraron con los números 168/2007 y 169/2007³⁰⁴, sin embargo, los Ministros Genaro David Góngora Pimentel y José de Jesús Gudiño Pelayo, en su carácter de integrantes de la Comisión de Receso del Segundo Período de Sesiones de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, desecharon las acciones de inconstitucionalidad por notoriamente improcedente en fecha 18 de diciembre de 2007. En general utilizaron tres argumentos para sostener la improcedencia:

- La reforma constitucional impugnada emana del Poder de Reforma (un órgano complejo), que no está incluida en el artículo 105 fracción II de la Constitución, de las señalas como autoridades en contra de las que procede control constitucional.

³⁰³ El Centro Empresarial De Chihuahua, Sindicato Patronal; La Coparmex Ciudad Juárez, Sindicato Patronal; El Consejo Nacional Agropecuario, Asociación Civil; El Centro Empresarial De Hidalgo Del Parral, Asociación Patronal; El Centro Empresarial Coahuila Sureste, Sindicato Patronal; La Cámara Nacional De La Industria De Transformación; La Asociación De Industriales Y Empresarios De Morelos, Sindicato Patronal; La Cámara Nacional De Comercio, Servicios Y Turismo De Saltillo, Coahuila; La Coparmex Laguna, Sindicato Patronal; La Cámara Nacional De Comercio, Servicios Y Turismo De Mérida; La Confederación Patronal De La República Mexicana; La Cámara Nacional De La Industria Pesquera Y Acuícola; El Centro Empresarial De Tampico, Sindicato Patronal; Fernando José Royo Díaz Rivera; La Cámara Nacional De Comercio, Servicios Y Turismo De Puerto Vallarta, Jalisco; El Centro Empresarial De Michoacán, Sindicato Patronal; La Cámara Nacional De La Industria Editorial Mexicana; El Centro Empresarial De Mexicali; El Centro Patronal De Nuevo León; Antonio Moisés Andrés San Millán Casillas; El Centro Empresarial De Celaya, Sindicato Patronal; El Consejo Coordinador Empresarial, Asociación Civil; Federico Jesús Reyes Heróles González Garza Y Coagraviados; El Centro Empresarial De Nayarit, Sindicato Patronal; La Cámara Nacional De Comercio, Servicios Y Turismo De Monterrey; Y El Centro Empresarial De Mérida.

³⁰⁴ La acción de inconstitucionalidad presentada por el Partido Político Nacional Convergencia se registró con el número de expediente 168/2007, y la acción presentada por el Partido Nuevo Alianza quedó registrada con el número de expediente 169/2007. Por el mismo acuerdo en que fueron desechadas se ordenó la acumulación de ambas acciones de inconstitucionalidad.

- La legitimación de la acción inconstitucional para los partidos políticos, procede de manera exclusiva en contra de leyes ordinarias federales o locales e inclusive tratados internacionales, que estén en conflicto o contraríen a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no en contra de otro tipo de normas como son las Constitucionales.
- La aplicabilidad de la tesis del Tribunal Pleno P./J. 40/2002: “Controversia Constitucional. Es Improcedente para impugnar el procedimiento de Reformas y Adiciones a la Constitución Federal”.

En contra del desechamiento, los Partidos Políticos interpusieron recurso de reclamación, a los que correspondieron los números 33/2007 y 34/2007. La elaboración del proyecto de resolución de los recursos fue turnado al Ministro José Fernando Franco González Salas, que presentó en al Pleno el día 28 de Abril de 2008, la propuesta de declarar Procedente pero Infundado el Recurso y Confirmar la resolución recurrida (el desechamiento).

Sin embargo de la discusión que se llevó a cabo en el Pleno, los Ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Góngora Pimentel, Azuela Güitrón, Sánchez Cordero, Silva Meza votaron en contra del Proyecto, es decir, desestimaron que se presentaba una causa notoria de improcedencia para desechar las acciones de inconstitucionalidad. Por lo tanto, se revocó el desachamiento y se turnó al Ministro Cossío Díaz para que realizara el engrose correspondiente de las reclamaciones.

Los tres argumentos fueron discutidos durante el debate, pero el que más generó discusión fue sobre el alcance del término “ley” y “norma general” para la procedencia de la acción de inconstitucionalidad. Ya en la resolución, se llegó al razonamiento siguiente:

“si bien es cierto que en la fracción II del artículo 105 constitucional se señala que la acción de inconstitucionalidad procede contra una norma de carácter

general, también lo es que a lo largo de los incisos de ésta se encuentra plasmado el vocablo “ley”; en consecuencia, es pertinente determinar si el medio de control es la vía idónea para impugnar una norma general que tal vez no es una ley—previa elección del sentido formal o material de ese concepto—atendiendo a la enunciación de “leyes” en los incisos citados, es decir, para determinar la procedencia de la acción de inconstitucionalidad es necesario que este Alto Tribunal defina—en el caso—si la materia de análisis de la acción se debe limitar al sentido genérico “norma de carácter general” o debe atenderse además a cierto sentido del concepto jurídico “ley”.”

Así, una vez revocada la improcedencia, se dio trámite a la Acción de Inconstitucionalidad. En ella, tanto el partido político Convergencia como el Partido Político Nueva Alianza, expresaron argumentos en contra de la reforma por violar límites materiales al poder de reforma.

El Partido Político Convergencia formuló conceptos de invalidez atacando los siguientes aspectos:

- Violación del proceso de reforma constitucional.
- Violación del derecho de votar y ser votado, de que goza todo ciudadano
- Limitación del derecho de los partidos políticos a determinarse conforme a su proyecto político, en relación con los tiempos disponibles en los medios de comunicación masiva.
- Violación del derecho de asociación libre y pacífica, con cualquier objeto lícito, para tomar parte en los asuntos políticos del país.

Por su parte el Partido Político Nueva Alianza, argumentó:

- Vulneración de las garantías individuales de libertad de expresión, derecho de petición en materia política y libertad de asociación pacífica para tomar parte en los asuntos políticos del país, consagrados en los artículos 6 °, 8 ° y 9 ° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- Derogación del tercer párrafo del artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y violación al régimen general de garantías individuales que deriva del artículo 1º constitucional y de las prerrogativas ciudadanas de votar, ser votado y de asociación libre y pacífica.
- Violación de los artículos 14, 16 y 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el proceso de aprobación de la reforma constitucional impugnada.

El proyecto de resolución del fondo de las Acciones de Inconstitucionalidad, quedó a cargo del Ministro Sergio Valls Hernández. El día jueves 26 de junio de 2008, se discute en el Pleno el proyecto presentado con el sentido de declarar improcedentes las acciones de inconstitucionalidad. Sin embargo, dentro del proyecto lo que se sostuvo era que el procedimiento de reforma constitucional sí es susceptible de control constitucional, más no su contenido; pero, la acción de inconstitucionalidad, no es el medio de control constitucional adecuado para realizar el control sobre el procedimiento, debido a que sólo procede en contra del Legislador Ordinario, además, en el caso específico, los partidos políticos tienen una legitimación limitada a impugnar leyes, federales o locales, dependiendo de su registro.

De la votación dada, en la sesión, los Ministros Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Góngora Pimentel, Silva meza, votaron en contra del proyecto y a favor de la procedencia de las Acciones de Inconstitucionalidad, en tanto que los Ministros Luna Ramos, González Salas, Gudiño Pelayo, Ortiz Mayagoitia, votaron por el sobreseimiento no improcedencia, pero se apartaron del proyecto en las consideraciones de la procedencia de control constitucional en contra de reformas a la Constitución. Valls Hernández, Sánchez Cordero, Azuela Güitrón, votaron en favor del proyecto con el resolutivo de sobreseimiento, pero sosteniendo la

procedencia de otros medios de control en contra de la reforma constitucional, no la acción de inconstitucionalidad.

Ya dentro del engrose, el Ministro Valls aceptó los cambios sugeridos por los Ministros Luna Ramos, González Salas, Gudiño Pelayo, Ortiz Mayagoitia, y el engrose quedó con los argumentos siguientes:

“...este Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que la concurrencia del Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados, conforma un órgano complejo previsto en el artículo 135 constitucional, que puede asimilarse al concepto de “poder”, dado que, siendo también un órgano constituido, al realizar el ejercicio de la función de reforma constitucional que tiene otorgada, se encuentra por encima de los otros tres poderes y de cualquier órgano público, federal o local, en virtud de que es el único que, mediante el desempeño de su capacidad normativa, puede suprimir, reformar, adicionar o matizar las atribuciones y funciones estatales y, por ende, las estructuras y la distribución de competencias determinada por el Poder Constituyente Originario para los otros poderes y órganos del Estado, incluyendo aquellos que integran los órdenes locales y municipales.

....

... existen límites formales para reformar la Constitución, los cuales se encuentran previstos en el citado artículo 135 y consisten en:

- a) Que las reformas o adiciones se acuerden por las dos terceras partes de los miembros presentes del Congreso de la Unión.
- b) Que las reformas o adiciones se aprueben por la mayoría de las Legislaturas de los Estados.
- c) Que el Congreso de la Unión o, en su caso, la Comisión Permanente, realice el cómputo de los votos de las Legislaturas y emita la declaratoria de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

...

... dado que el Constituyente Originario encomendó la función integral a un solo órgano complejo, depositario de la representación democrática del pueblo y, por ello, depositario único de la facultad para reformar la Constitución y de revisar que se hayan cumplido todos los requisitos previstos en el artículo 135, tantas veces citado, esto es, el Congreso de la Unión o, en su caso, la Comisión Permanente, son los únicos responsables, no sólo del desarrollo del proceso, sino de la revisión de que, efectivamente, se hayan cumplido los extremos constitucionales para que una reforma o adición forme parte de la Ley Fundamental.

Dicha revisión no podría considerarse técnicamente como un medio de control constitucional, toda vez que lo lleva a cabo un órgano que realiza una tarea similar a la del Constituyente, por sí y ante sí. Para que cualquier otro de los órganos constituidos pudiera ejercer -válida y democráticamente- un medio de control constitucional sobre el proceso de reformas a la Ley Fundamental, sería menester que expresamente se le hubiera otorgado tal facultad de revisión, lo cual no sucede, ni ha acontecido hasta hoy, en el sistema jurídico mexicano.

Luego, al no haber sido previsto por el Constituyente Originario o Permanente, la posibilidad de ejercer dicho control, resulta claro que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación no puede prorrogar la competencia constitucional que le ha sido conferida, tal como lo sostuvo el Tribunal Pleno, en sesión de seis de septiembre de dos mil dos, al resolver la controversia constitucional 82/2001, que dio origen a la jurisprudencia “PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JURISDICCIONAL”.

Así, en la resolución se repite la idea del Poder Reformador como un órgano complejo, que si bien tiene límites, encuentra control en su propio proceso; un tipo de control procedimental. También que al no haber una facultad expresa para la Suprema Corte de Justicia de la Nación de ejercer el control constitucional, no procede ningún tipo de control.

De este caso, se derivaron dos jurisprudencias importantes para el tema:

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. NO ES LA VÍA IDÓNEA PARA EJERCER EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE REFORMA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS O RESPECTO DEL CONTENIDO DE LAS REFORMAS RELATIVAS.

De la evolución histórica de las acciones de inconstitucionalidad se advierte que la intención del Constituyente Permanente fue establecer un mecanismo de control abstracto, por virtud del cual tanto las minorías parlamentarias y el Procurador General de la República, en principio, como los partidos políticos y las comisiones de derechos humanos, con motivo de las reformas posteriormente realizadas, se encontraran legitimados para plantear la posible inconstitucionalidad de una norma general emitida por el Congreso de la Unión, las Legislaturas Locales o la Asamblea Legislativa del Distrito Federal; sin que al establecer dicho mecanismo de control, ni en las sucesivas reformas de que ha sido objeto el artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se haya contemplado la posibilidad de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación pueda ejercer control sobre el procedimiento de reforma previsto en el artículo 135 constitucional, ni mucho menos que pueda hacerlo respecto de la constitucionalidad del contenido de tales reformas.³⁰⁵

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SU OBJETO DE TUTELA, RESPECTO DE "NORMAS GENERALES", SÓLO COMPRENDE LEYES ORDINARIAS, FEDERALES O LOCALES Y NO LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Del artículo 105, fracción II, de ese ordenamiento, así como del procedimiento que le dio origen, se advierte que el Órgano Reformador estableció a la acción de inconstitucionalidad como un medio de control de "normas generales",

³⁰⁵ Época: Novena Época Registro: 167591 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXIX, Abril de 2009 Materia(s): Constitucional Tesis: P. IV/2009 Página: 1104.

entendidas éstas como leyes ordinarias, federales o locales, expedidas por los órganos legislativos así como los tratados internacionales enunciados en la indicada fracción II, sin comprender otro tipo de normas, entre ellas, las reformas constitucionales. En efecto, dicho precepto distingue el término "disposiciones generales" o "normas generales", e incluso, "leyes electorales federales", "leyes electorales locales" y "tratados internacionales" de la acepción "Constitución", la cual, de acuerdo con el propio numeral, es el referente para examinar la ley o tratados, es decir, lo que se sujeta a control es que dichas "disposiciones generales", incluidas las electorales, sean conformes con la Ley Suprema, por lo cual no puede interpretarse que al aludir el citado artículo 105, fracción II, a "normas generales", se hubiera comprendido a la propia Constitución, pues de su interpretación integral se entiende que limita su objeto de examen a las leyes en sentido estricto, esto es, a las expedidas por el legislador ordinario, sea federal, de los Estados o del Distrito Federal. Además, el indicado precepto constitucional sólo legitima para promover aquel medio de control a un porcentaje determinado de los integrantes de las Cámaras del Congreso de la Unión, de las Legislaturas Locales y de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal que, precisamente, las hubieran expedido, por lo que no comprende al Órgano Reformador de la Constitución que no constituye un órgano legislativo ordinario, de los enunciados en el artículo 105 constitucional.³⁰⁶

Por otro lado, los amparos, en principio fueron desechados por todos los jueces de Distrito, y presentaron el respectivo recurso de revisión. El primer asunto que se discutió fue el Amparo en Revisión 186/2008, promovido por Centro Empresarial de Jalisco, Sindicato Patronal. Este amparo en revisión, fue discutido por el Pleno de la SCJN el día 29 de Septiembre de 2008, y el resto de los amparos, fueron discutidos el día 02 de octubre de 2008³⁰⁷.

³⁰⁶ Época: Novena Época Registro: 167589 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXIX, Abril de 2009 Materia(s): Constitucional Tesis: P. V/2009 Página: 1106

³⁰⁷ Amparos en Revisión números 516/2008, 517/2008, 518/2008, 522/2008, 523/2008, 524/2008, 525/2008, 526/2008, 528/2008, 529/2008, 530/2008, 531/2008, 533/2008, 535/2008, 536/2008, 538/2008, 542/2008, 543/2008, 545/2008, 546/2008, 547/2008, 549/2008, 552/2008, 553/2008, 554/2008, 555/2008.

En el amparo en revisión 186/2008, el Ministro Ponente, José Ramón Cossío Díaz, propuso que contrario a lo que sostenía el Juez de Distrito, no resultaba notoriamente improcedente las demandas de amparo.

Las razones que lo llevaron a determinar que no es notoriamente improcedente fue en gran medida, contraria a lo que se venía sosteniendo por criterio del Pleno, separó la idea de Poder Constituyente y Poder Reformador, argumentando que:

“...el Poder Constituyente, soberano, ilimitado del pueblo, no puede quedar encerrado dentro del ordenamiento constitucional. La historia ha demostrado que todos los intentos de organización jurídica del poder constituyente, en el mejor de los casos, han servido sólo para privar al pueblo de sus facultades soberanas, a favor de otras instancias u otros órganos estatales. Por ello, se considera que ese poder ilimitado se ejerce, de acuerdo con su propia naturaleza, como fuerza externa al sistema; siempre y en todo momento podrá reformar la Constitución existente o la de establecer una nueva, pero su actuación no podrá explicarse en términos jurídicos, sino por las vías de hecho, esto es, mediante un proceso revolucionario.

En cambio, ningún poder constituido puede extraerse de la órbita en que la Constitución sitúa su esfera de competencias. Por ello es que resulta inaceptable la pretensión de convertir al poder constituyente en el poder de reforma —ordenado y regulado en la Constitución— como la aspiración contraria de hacer del poder de revisión un auténtico y soberano poder constituyente.

...

Por lo anterior, es claro que solamente considerando al Poder Reformador como un poder constituido y limitado, la estructura de la organización constitucional democrática mantiene su coherencia y cobra sentido el principio jurídico de supremacía constitucional, ya que así ningún poder organizado y regulado por la Constitución puede ubicarse encima de ella. Sólo de este modo puede hablarse propiamente de una capacidad de la norma fundamental para controlar sus propios procesos de transformación.

Con ello, la Constitución se presenta como auténtica *lex superior* y la reforma constitucional puede interpretarse como una verdadera operación jurídica.”

Una vez fijada esta postura, se establece que como órgano constituido, el poder reformador está limitado por la Constitución, y por lo tanto, susceptible de algún de control constitucional, pues lo que se controlará serán los actos de poderes constituidos como el Congreso de la Unión y los Congresos Locales. En relación con el amparo, señaló que es el medio por el cual se protegen la “garantías individuales”, y que procede contra cualquier acto que las pueda vulnerar. Por estas razones determina que si en el amparo, se enderezaron conceptos de violación para combatir el proceso de reformas, que puedan implicar violación a las “garantías individuales”, entonces, no debería declararse notoriamente improcedente el juicio.

Con esos argumentos se revocaron todos los acuerdos de desechamiento, y se regresaron a los Jueces de Distrito para que dieran trámite a los Juicios de Amparo. Todos los amparos en revisión fueron resueltos por mayoría de seis votos de los señores Ministros: Aguirre Anguiano, Cossío Díaz, Góngora Pimentel, Sánchez Cordero de García Villegas, Silva Meza y Ortiz Mayagoitia; los Ministros Luna Ramos, Franco González Salas, Gudiño Pelayo y Valls Hernández votaron en contra y se reservaron su derecho para formular votos particulares.

Una vez admitidos los amparos, el Director General de Asuntos Jurídicos Administrativos de la Cámara de Senadores, presentó recursos de Queja en contra de los autos de admisión de los Jueces de Distrito³⁰⁸. Sin embargo como había sido un tema ya estudiado por el Pleno, los resolvió todos en una misma sesión en fecha 08 de Noviembre del 2008, en el que declaró procedente pero infundado el recurso de queja.

³⁰⁸ Recursos de Queja 17/2008, 18/2008, 20/2008, 21/2008, 22/2008, 23/2008, 24/2008 25/2008, 27/2008 y 31/2008

Existieron otros precedentes de juicios de amparo en contra de reformas constitucionales. Hubo quejosos como S. en M, Asociación Civil; José Antonio Ortega Sánchez y Coagraviados, México Unido Contra La Delincuencia, Asociación Civil; y Carlos Sánchez-Mejorada y Velasco que promovieron juicios de amparo en contra de la reforma Constitucional publicada el 13 de noviembre de 2007, sin embargo, estos amparos fueron desechados y los respectivos amparos en revisión, no fueron procedentes³⁰⁹. La razón por la que no procedieron los amparos fue que en vez de impugnar el procedimiento de reforma constitucional, se fueron en contra del producto de la reforma, es decir, el texto de la norma constitucional.

Al haber dirigido los conceptos de violación en contra del texto constitucional, la Suprema Corte expuso dos argumentos trascendentales, que en cierta medida, un criterio para resolver amparos en revisión, en cuanto al fondo de los demás juicios de amparo que recientemente se habían declarado procedente. El primer argumento fue, que el texto de la constitución está fuera del control del Poder Judicial, y que el texto de la Constitución puede sin que exista medio de control constitucional alguno, restringir las garantías individuales. El Pleno de la SCJN, sostuvo que:

“El resultado con el que culmina el procedimiento de reformas constitucionales, es decir, el contenido de los propios preceptos de la Norma Fundamental, al no ser equivalentes a cualquier otra ley ordinaria, sino constituir la fuente de donde deriva todo el orden jurídico nacional, deben considerarse como mandatos inmunes a cualquier tipo de control jurisdiccional, porque la voluntad de los legisladores federales y de los Estados plasmada en ellos, a través del cumplimiento del procedimiento rígido para su reforma, impide al Poder Judicial de la Federación desconocer cualquiera de sus disposiciones, sin que pueda soslayarse esta regla por la sola circunstancia de que se alegue en los conceptos de violación que alguno

³⁰⁹ Amparos en Revisión 519/2008, 541/2008, 544/2008 y 548/2008.

de sus preceptos reformados limita o restringe alguna garantía individual, pues precisamente su carácter de Norma Fundamental le otorga la prerrogativa formal de ser el único ordenamiento que puede llegar a tales extremos, conforme lo postula en su primer artículo al disponer que: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.”³¹⁰

De tal manera se confirma el criterio de que el Juicio de Amparo sólo es procedente en contra del procedimiento de Reformas, mas no del resultado, es decir, la reforma. Lo que implica que no hay límites materiales en la reforma constitucional, sólo formales.

El segundo argumento, que sostuvo el Pleno, y con esto potencialmente improcedente cualquier tipo de amparo en contra del procedimiento de reformas constitucionales se dirigió para sostener que el principio de relatividad de sentencias hacía imposible los efectos de la sentencia de amparo:

“...la posibilidad de impugnar el contenido de los preceptos constitucionales, tiene invariablemente como resultado, en caso de concederse el amparo, la infracción al principio de relatividad de las sentencias, porque si la quejosa obtuviera la inaplicabilidad de las disposiciones constitucionales reclamadas, el beneficio tendría que hacerse extensivo absolutamente a todas las demás personas, porque la supremacía de que estaban revestidos tales preceptos quedaría retirada con una sola sentencia, y se produciría la automática invalidez de las demás normas del orden jurídico que encontraran apoyo en los mismos.

A guisa de ejemplo, la quejosa pretende que no se le aplique lo dispuesto en el artículo 41, Base III, Apartado A, penúltimo párrafo, de la Constitución Federal, el cual establece que *“Ninguna otra persona física o moral, sea a*

³¹⁰ Véase resolución del Amparo en Revisión 519/2008, que se repite en los demás amparos citados.

título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular. Queda prohibida la transmisión en territorio nacional de este tipo de mensajes contratados en el extranjero.”; y en el supuesto de que se llegara a tener que conceder el amparo en contra de esta norma, es obvio que todas aquellas personas que no lo pidieron invocarían a su favor —y con toda razón— que carecen de la obligación de guardarle respeto, porque existe una sentencia que ya declaró que tal precepto infringe la propia Constitución”

Con estos argumentos, la mayoría de los amparos que estaban pendientes de resolver fueron sobreseídos. El último amparo que se discutió fue el amparo en revisión 2021/2009, en la que los quejosos eran Federico Jesús Reyes Heróles y otros, conocido también como el “amparo de los intelectuales”. Este amparo fue resuelto el 28 de marzo de 2011, confirmando el sobreseimiento del juicio, las razones, que dio el pleno, van encaminados en gran medida al principio de relatividad de sentencias, que se pueden reflejar esencialmente en el argumento siguiente:

“...el fin práctico que se busca con la promoción del presente juicio de amparo no es el de simplemente desincorporar de la esfera jurídica de los quejosos las prohibiciones reclamadas, sino el de poder liberarlos de la prohibición de aportar recursos económicos a las campañas electorales mediante la difusión de mensajes de apoyo a sus preferencias políticas, o en contra de quienes estiman que no deben acceder a los cargos públicos por los que se compiten en las elecciones federales, estatales y municipales.

Si esto es así, el efecto de una potencial protección del amparo de la Justicia Federal conduce en forma inevitable a beneficiar económicamente a las personas dedicadas a la radio y la televisión que no formaron parte de la relación procesal, pero que necesariamente tendrán que ver con el cumplimiento de la ejecutoria, si se toma en cuenta que la actividad lucrativa de éstos consiste precisamente en la venta de publicidad, a la cual no podría

ponerse coto tratándose de los quejosos para no hacer ilusoria la protección constitucional que les hubiera sido otorgada.

Pero más allá del beneficio meramente económico de otras personas extrañas a la protección constitucional, lo que en realidad importa destacar es que el provecho de la protección también lo obtendrían directamente determinados partidos y/o candidatos, pues sería ilógico que los quejosos adquirieran tiempo en alguno de los señalados medios de comunicación sin destinarlo expresamente a favorecer las candidaturas de su preferencia —o a difundir mensajes desacreditando a los opositores— ya que si su propósito no hubiera sido difundir ese apoyo o desacuerdo, ni siquiera tendrían que haber pedido amparo, en tanto la norma constitucional reclamada tampoco les impide contratar espacios con otros objetivos ajenos a los puramente electorales.

Este imprescindible efecto de la sentencia protectora que en su caso llegara a dictarse, se traduce en una infracción al principio de relatividad que la rige, pues a pesar de que la desincorporación de la norma reclamada sólo debe beneficiar a quien pidió el amparo, en el caso concreto, merced a ella, se suman a su ámbito de protección otros sujetos, incluso con alcances mucho mayores a los que obtendrían los quejosos, ya que determinados candidatos tendrían la oportunidad de obtener fondos adicionales —vía propaganda— para posicionarse en mejores condiciones de acceder al poder público, pues es un hecho notorio que la difusión de mensajes en la radio y la televisión resulta decisiva en la opinión del electorado, por lo que debe dotarse de igual tiempo a los partidos en esos medios de comunicación en aras del principio de imparcialidad que rige las elecciones.”

Este amparo fue resuelto por mayoría de siete votos de los Ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales, Valls Hernández y Ortiz Mayagoitia. Los Ministros Cossío Díaz, Zaldívar Lelo de Larrea y Sánchez Cordero de García Villegas y Silva Meza votaron en contra.

Al final, de todos los amparos presentados, se emitieron dos jurisprudencias sobre el tema de amparo en contra de reformas constitucionales:

REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA ELECTORAL. ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO PROMOVIDO CONTRA EL ARTÍCULO 41, BASE III, APARTADO A, PENÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, AL ADVERTIRSE QUE LOS EFECTOS DE UNA EVENTUAL SENTENCIA PROTECTORA PROVOCARÍAN TRANSGRESIÓN AL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD (DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 13 DE NOVIEMBRE DE 2007). El citado precepto establece, por una parte, que ninguna persona física o moral, sea a título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en contra de los partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular; y, por otra, que queda prohibida la transmisión en territorio nacional de este tipo de mensajes contratados en el extranjero. Ahora, la protección constitucional que llegara a otorgarse en su contra, permitiría llevar a cabo, dentro o fuera del país, la adquisición de tiempo en radio y televisión para transmitir propaganda dirigida a influir en el electorado, de modo que el amparo concedido tendría un efecto expansivo más allá de la esfera jurídica del quejoso pues, por una parte, permitiría realizar operaciones lucrativas con los concesionarios de la radio y la televisión, a quienes tampoco podría impedírseles contratar y obtener utilidades con la venta de tiempo en esos medios de difusión y, por otra, favorecería el incremento en las posibilidades de triunfo de los partidos políticos y candidatos a quienes quisiera apoyar. En consecuencia, si la eventual sentencia protectora contra el artículo 41, base III, apartado A, penúltimo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de noviembre de 2007, tendría efectos restitutorios no sólo para el quejoso sino en favor de otros sujetos y generales, el juicio promovido contra dicho dispositivo resulta improcedente en términos del artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con los numerales 76 y 80 (este último interpretado en sentido contrario), de ese mismo ordenamiento y con el artículo 107, fracción II, constitucional (en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011, y de acuerdo con el artículo tercero transitorio del propio decreto de reformas), en tanto que la decisión de inconstitucionalidad iría más allá del caso concreto enjuiciado, lo que provocaría transgresión al principio de relatividad que rige el dictado de las sentencias en materia de amparo, lo que a su vez implicaría que la restitución en el goce del derecho violado

llegara al extremo de desencadenar consecuencias contrarias a la naturaleza misma del juicio de amparo y, por ende, a la regularidad constitucional que busca preservar.³¹¹

REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA ELECTORAL. ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO PROMOVIDO CONTRA LA DEROGACIÓN DEL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 97 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, AL ADVERTIR QUE LOS EFECTOS DE UNA EVENTUAL SENTENCIA PROTECTORA PROVOCARÍAN TRANSGRESIÓN AL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD (DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 13 DE NOVIEMBRE DE 2007). El párrafo derogado citado establece que la Suprema Corte de Justicia de la Nación está facultada para practicar de oficio la averiguación de algún hecho o hechos que constituyan la violación del voto público, pero sólo en los casos en que a su juicio pudiera ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los Poderes de la Unión, debiendo enviar los resultados de la investigación, de manera oportuna, a los órganos competentes. Ahora, como la eventual sentencia protectora implicaría que no subsista la derogación de esa norma para que el citado Tribunal Constitucional reasumiera la facultad de practicar la averiguación oficiosa aludida, de modo que tendría efectos restitutorios no sólo en el quejoso, sino en favor de otros sujetos y, por tanto, generales, el juicio promovido contra dicha derogación resulta improcedente en términos del artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con los numerales 76 y 80 (este último interpretado en sentido contrario), de ese mismo ordenamiento y con el artículo 107, fracción II, constitucional (en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011, y de acuerdo con el artículo tercero transitorio del propio decreto de reformas), en tanto que la decisión de inconstitucionalidad iría más allá del caso concreto enjuiciado, lo que provocaría transgresión al principio de relatividad que rige el dictado de las sentencias en materia de amparo, lo que a su vez implicaría que la restitución en el goce del derecho violado llegara al extremo de desencadenar consecuencias contrarias a la naturaleza misma del juicio de amparo y, por ende, a la regularidad constitucional que busca preservar.³¹²

³¹¹ Época: Décima Época Registro: 2000647 Instancia: Segunda Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro VII, Abril de 2012, Tomo 2 Materia(s): Común Tesis: 2a./J. 37/2012 (10a.) Página: 1061

³¹² Época: Décima Época Registro: 2000648 Instancia: Segunda Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro VII, Abril de 2012, Tomo 2 Materia(s): Común Tesis: 2a./J. 38/2012 (10a.) Página: 1063

De este análisis, se desprende que el último criterio dejó casi cerrada alguna vía para el control jurisdiccional de las reformas a la constitución, las Acciones de Inconstitucionalidad serían totalmente improcedentes, en cambio, el Juicio de Amparo, aun cuando no fueran notoriamente improcedentes, por el principio de relatividad de las sentencias, tendrían que sobreseerse los juicios, pues los efectos de declarar inconstitucional un procedimiento de reforma, obligaría a extender su beneficio a terceros que no fueron parte del Juicio de Amparo. Las controversias constitucionales, no fueron tratadas nuevamente como medio en contra de reformas constitucionales.

Actualmente dos cosas fundamentales han cambiado. En primer lugar, se han reformado aspectos generales del juicio de amparo, entre otros el artículo 107 fracción II de la Constitución, para establecer excepciones al principio de relatividad de sentencias³¹³. También se tiene una nueva Ley de Amparo, que en su artículo 61 fracción I, se ha introducido la improcedencia del juicio de amparo en contra de reformas constitucionales, sin embargo, más adelante analizaremos este tema.

³¹³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

...

II. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda.

Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.

Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no será aplicable a normas generales en materia tributaria.

...”

Y en segundo lugar, existe un cambio en la integración del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Actualmente no se encuentran los Ministros Aguirre Anguiano, Valls Hernández, Ortiz Mayagoitia. Sánchez Cordero de García Villegas ni Silva Meza. El Pleno está actualmente integrado por los Ministros: José Ramón Cossío Díaz, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Luis María Aguilar Morales, Arturo Zaldivar Lelo de Larrea, José Fernando Franco Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos, quienes ya han participado en asuntos sobre el control jurisdiccional de reformas constitucionales, y por los Ministros Norma Lucía Piña Hernández, Alfredo Gutierrez Ortiz Mena, Alberto Pérez Dayán, Javier Laynez Potisek, Eduardo Tomás Medina Mora Icaza, quienes aún, no han participado en la discusión en el Pleno sobre este tema.

Lo anterior deja abierto a que con este cambio de integración en el Pleno de la SCJN, y modificaciones en el Juicio de Amparo, puede llegar una nueva discusión sobre el mismo tema, con resultados diferentes.

Capítulo IV. Control Jurisdiccional de las reformas constitucionales en México, como institución necesaria en el Estado Constitucional Mexicano.

IV.1. Aproximación al control jurisdiccional de reformas constitucionales, desde la Teoría del Derecho.

La determinación tomada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre no analizar el contenido de la reforma constitucional, encierra también una concepción teórica del Derecho. Sus razones pueden ser cobijadas por alguna ideología o corriente teórica determina. Tomemos como ejemplo el argumento utilizado por Pleno de la SCJN en el Amparo en Revisión 519/2008³¹⁴, que justifica una inmunidad axiológica al contenido de la reforma constitucional, es decir que no puede ser analizado el contenido de la constitución por los principios y valores que en ella se han objetivizado de manera previa y que una reforma pueda venir a cambiar:

“La neutralidad axiológica con la que este Alto Tribunal aplica rigurosamente todo el contenido de la Constitución, bajo un principio de eficacia integradora, esto es, sin predilección de unas de sus normas en lugar de otras, proviene de la circunstancia de que mora dentro del orden jurídico cuya fuente emana de aquélla, y de que a la misma se le ha protestado guardar, lo cual no sólo significa un compromiso personal de cada uno de sus integrantes, sino que constituye una norma jurídica que técnicamente le guía y obliga a resolver bajo el axioma de que el contenido de los preceptos constitucionales son inmunes a toda objeción.

Sería un fracaso del orden jurídico que la Constitución, en lugar de ser una pauta de conducta de carácter normativo incontrovertible, pudiese ser sometida al examen de su regularidad, bajo la búsqueda o investigación de los valores jurídicos que inspiraron la creación de algunos de sus preceptos

³¹⁴ Resuelto el día 02 de Octubre de dos mil ocho.

con el objeto de restarles fuerza a otros, y peor aún, que este Alto Tribunal, llegado el caso, permitiera el incumplimiento de los primeros bajo el argumento de que restringen determinadas garantías individuales, sin tomar en cuenta que no le corresponde juzgar sobre la justeza de tales medidas, pues como se ha visto, existen ciertos casos en que la Norma Fundamental ha optado por disminuir el valor absoluto de dichas garantías, conforme la sociedad mexicana, a través de sus representantes, así lo requiere.”

Este criterio sostenido en su momento por una mayoría de seis votos³¹⁵, podría reflejar una teoría normativista del derecho como la de Kelsen. Recordemos que Kelsen expresaba que las normas tenían un relativismo moral como consecuencia de que son producto de un acto de voluntad de hombres y no de una fuente sobre humana³¹⁶. Por ello, es importante analizar la institución del control jurisdiccional de las reformas constitucionales desde una perspectiva de la teoría del Derecho.

Hart, en su ensayo *Positivism and the separation of law and morals*, establece una distinción entre lo que es el derecho y lo debe ser el derecho para realizar un estudio sobre el Derecho. Para identificar el Derecho válido, encontramos que el peligro en no distinguir entre lo que es el derecho y lo que debe ser el Derecho, puede por un lado, llevar a difuminar lo que es el Derecho y su autoridad con lo que debe ser el Derecho, aquí uno de los principales puntos que señala la lectura, es que debemos de entender por lo que debe ser el Derecho; por otro lado, si determinamos que el Derecho debe entenderse como moralmente bueno, se corre el riesgo que el derecho existente suplante la moralidad como parámetro final de

³¹⁵ Ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Gudiño Pelayo, Valls Hernández y Ortiz Mayagoitia sostuvieron los el criterio; en tanto que los señores Ministros Cossío Díaz, Góngora Pimentel, Sánchez Cordero de García Villegas y Silva Meza votaron en contra.

³¹⁶ “En la medida en que las normas, que constituyen el fundamento de los juicios de valor, son establecidos por actos de voluntad humana, y no por una voluntad sobre humana, los valores que a través de ellos se constituyen son arbitrarios. Otros actos de voluntad humana pueden producir otras normas, contradictorias con las primeras, que constituyen a su vez otros valores, opuestos a los primeros. Lo que, conforme aquellas sería bueno, puede ser malo según éstas. De ahí que las normas establecidas por los hombres, y no por una autoridad sobrehumana, constituyen sólo valores relativos”, en Kelsen, Hans, *Op. Cit.*, Nota 35, P. 31

valoración de una conducta y escapar toda crítica³¹⁷. Por tanto, para evaluar la validez del derecho, no se debe tomar a la moralidad como parámetro último para determinar si una regla es Derecho o no, en ese mismo sentido no debemos tomar a las reglas morales, por sólo tener ese carácter de moralmente buenas como jurídicamente obligatorias³¹⁸.

Por cuanto hace a la distinción entre los tipos de normas que componen el Derecho, debe distinguirse entre reglas que establecen órdenes y reglas que establecen derechos. Contrario a la creencia que el derecho está compuesto exclusivamente por órdenes que pueden traer aparejadas sanciones por su desobediencia, existen otro tipo de normas, reglas que establecen derechos. Sin embargo, para determinar la validez de estas normas que no establecen órdenes sino derechos, tampoco debe entenderse en términos de corrección moral, sino de acuerdo a cómo son distribuidos en la sociedad y sobre qué y cómo son ejercidas estas reglas que establecen derechos³¹⁹.

Por otro lado, en la aplicación del Derecho, debemos tomar muy en cuenta los problemas de la penumbra, "in applying legal rules, someone must take the responsibility of deciding that words do or do not cover some case in hand with all the practical consequences involved in this decision"³²⁰. Las normas deben tener un núcleo cuyo significado es identificable, sin embargo, entre más se aleje del núcleo encontramos las zonas de penumbra, donde ciertos casos, no necesariamene estén excluidos y tampoco necesariamente estén incluidos. Este tipo de casos que se encuentren en la zona de penumbra, no son resueltos con el uso de la lógica deductiva, sino que el juzgador tendrá que utilizar otros razonamiento para resolver sobre la aplicabilidad de la regla al caso que se ubique en la zona de penumbra. Sin embargo, la lectura sostiene que si bien, esos razonamientos tendrán vinculación entre lo que es el derecho y lo que debe ser el

³¹⁷ Hart, H.L.A., *Positivism and the separation of law and morals*, *Harvard Law Review*, V. 71, No. 4, 1958, P. 598

³¹⁸ Ídem. P. 599

³¹⁹ Ídem. P. 606

³²⁰ Ídem. P. 607

derecho para resolver el problema de las zonas de penumbra, esto no implica necesariamente acudir a argumentos morales para determinar la aplicabilidad de la regla, sino lo importante es como señala la lectura “the point must be not merely that a judicial decision to be rational must be made in the light of some conception of what ought to be, but that the aims, the social policies and purposes to which judges should appeal if their decisions are to be rational, are themselves to be considered as part of the law in some suitably wide sense of “law””³²¹, es decir, se puede establecer una decisión racional a partir de normas morales, pero no necesariamente debe resolverse todos los casos o en ese sentido algún caso específicamente a partir de normas morales, sino que el juzgador debe también y principalmente tomar en consideraciones sobre los fines sociales para liberarse de los problemas de las zonas de penumbra y resolver sobre la aplicabilidad de la regla al caso concreto.

Otro punto que nos sirve para analizar el Derecho, es alejarnos de concepciones emotivas que puedan orientarnos a entender el Derecho de determinada manera. El sostener que las reglas de derecho por estar en desacuerdo con aspectos morales deben dejar de ser Derecho para no repetir errores del pasado puede traer graves consecuencias, pues pretenderíamos que todos los valores que estimamos como moralmente buenos pueden tener cabida de manera perfecta dentro de nuestro sistema, y que ninguno de ellos pueda o deba ser disminuido en la aplicación de otro de esos valores³²². Así, sostiene que cuando hablamos sobre la moralidad y el derecho, no debemos analizar al derecho disgregado de sus partes, por cada regla a la vez, sino, que todo el derecho en conjunto, como sistema sí debe tener un mínimo de moralidad, y no analizar la moralidad de cada regla establecida en el Derecho.

En cambio Dworkin a través de una crítica que realiza al positivismo jurídico delineado por el Profesor Hart, evidencia que la manera de entender el Derecho

³²¹ Ídem. P. 612

³²² Ídem. P. 620

por los positivistas no es suficiente para lograr comprender qué es el Derecho, ni dar cuenta de todas las prácticas que realizan los operadores del Derecho. Para demostrar esto, trata de evidenciar las fallas del positivismo jurídico a partir de entender las normas jurídicas exclusivamente como reglas. Una vez delimitado que los positivistas consideran que el Derecho está estructurado en reglas, toma como punto de partida lo que hacen los jueces cuando se enfrentan a lo que llama casos difíciles, para explicar otra tipología de normas: principios y directrices (principles and policies). De la existencia de normas que el positivismo no incluye como parte del Derecho, pero que los jueces operan con ellas para resolver controversias, concluye que es insuficiente la visión del positivismo sobre el derecho y de cómo debemos operar con el, y que debemos buscar otra visión del Derecho que permita explicar más la realidad lo que se hace con el Derecho, como señala Dworkin “If we shake ourselves loose from this model of rules, we may be able to build a model truer to the complexity and sophistication of our own practices”³²³.

Dworkin cuando señala que “when we ask what law is and what legal obligations are, we are asking of how we use those concepts and of the conceptual commitments our use entails”, demuestra que tiene una visión pragmática y a partir de lo que hacen los jueces particularmente en casos difíciles en los que la regla no presenta una solución al caso o que la regla en las circunstancias del caso, pueden generar un aspecto mayor de inequidad o injusticia, es que dirige su estudio sobre lo que es el Derecho y cómo debemos operar con el. Utiliza distinción entre reglas y principios en cuanto a su aplicación, los primeros todo o nada y los segundos de manera en que se pueda graduar el desarrollo de la aplicación del principio, sirve para analizar como debe operar el Derecho para resolver controversias. Otra diferencia que señala es entre conflictos que surjan en la aplicación de las reglas, donde una resulta inválida cuando esto suceda, en cambio, cuando surge un conflicto entre principios se debe de asignar ciertos

³²³ Dworkin, Ronald, The model of rules, The University of Chicago Law Review, Vol. 35, No. 1, 1967, P. 46

pesos para poder lograr cumplir con ambos, pero deberá ser resuelto en casos específicos.

Otra distinción es que el reconocimiento de los principios como normas jurídicas elimina de mejor manera la discrecionalidad de los jueces que se origina por las brechas entre las normas y los casos, es decir, si las circunstancias de los casos escapan las condiciones de aplicación de las reglas para los positivistas surge la necesidad de que los jueces creen reglas de manera arbitraria en cambio con los principios como normas jurídicas encuentra justificación el desarrollo de reglas particulares en esos principios. Por lo tanto esa discrecionalidad de los positivistas, se ve en alguna medida acotada por los principios.

Para Dworking, la validez del Derecho no reposa solamente por la fuente o la regla secundaria que ha seguido algún procedimiento, sino que dicha norma no se oponga también a un valor o un principio, como en el caso de *Riggs v. Palmer*. Por lo que para estudiar el derecho, no sólo se estudia el Derecho que está positivizado sino el valor que guarda ese derecho positivizado, existiendo la posibilidad de analizarlo a partir de cada regla en relación con el caso que se va aplicar.

Las zonas de penumbra pueden ser resueltas mejor en la medida que se aplique un principio. El estudio del derecho no se limita a la existencia de reglas primas y secundarias, sino reglas y principios. Las reglas servirán para casos fáciles en tanto que los principios para casos difíciles.

Brien Lieter, analiza las críticas que hacen del positivismo jurídico y plantea que muchos de los postulados del positivismo jurídico han sido mal entendidos y caricaturizado al grado que para realizar la crítica tergiversaron su sentido original³²⁴. Leiter hace un recuento de que los principales teóricos del positivismo

³²⁴ Véase en Leiter, Brian, *The Radicalism of Legal Positivism*. Guild Practitioner, 2010; U of Chicago, Public Law Working Paper No. 303. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1568333>.

(Bentham, Hart, Raz) sostenían la naturaleza del Derecho como una institución social. Uno de los puntos centrales, que toca Leiter para ejemplificar como los críticos del positivismo jurídico han mal entendido los postulados de dicha teoría, es sobre el criterio de validez de las normas jurídicas. En especial parte de la regla de reconocimiento de Hart, entendida como una práctica social y su convergencia con la perspectiva interna de creer que es obligatoria, para establecer el criterio de validez de otras normas. Así, señala que el criterio de validez no determina que el Derecho sea bueno o malo, ni que estén equivocados o acertados quienes sostienen ese tipo de regla de reconocimiento, simplemente la ven como práctica social. Ahora el positivismo manejado por Bentham, con el utilitarismo si proponía medir si las reglas para verificar si maximizaba el nivel de felicidad. Raz por su parte maneja el concepto de servicio, para determinar si las razones de las normas son correctas; por concepto de servicio explicaba que la autoridad del derecho estaba moralmente justificada cuando la autoridad realiza un servicio a las personas, ayudándolos a actuar mejor de lo que hubieran hecho sin el beneficio de la intervención de la autoridad. Por estas reflexiones Leiter sostiene que tanto Fuller como Dworkin, han mal entendido el positivismo y por esta razón realizado críticas equivocadas de dicha teoría.

Una de las instrucciones metodológicas que se percibe que Leiter estima correctas es el de diferenciar para su estudio, lo que es el Derecho y lo que debe ser el Derecho. No necesariamente lo que se determine que es el Derecho es lo que debería ser concebido como Derecho, lo que se desprende que es el Derecho deriva de una práctica social, esta es otra instrucción metodológica que parece que sigue al positivismo jurídico, aspecto relacionados con el criterio de validez como práctica social, lo que los actores estiman que es el criterio de validez.

Leiter distingue entre tres realismos diferentes³²⁵, el Realismo Norteamericano, el Realismo Escandinavo, y el Realismo contemporáneo. Considera que es un error

³²⁵ Leiter, Brian, Legal Realisms, Old and New (February 5, 2013). Forthcoming in Valparaiso Law Review (2013) (2012 Seegers Lecture in Jurisprudence). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2079819> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2079819>

pretender agrupar todas las corrientes del realismo bajo una misma etiqueta. El realismo norteamericano seguido por profesores y jueces, se enfocaban a analizar en cómo los jueces resolvían casos, como señala la lectura, en buscar instruir a los estudiantes del Derecho poder entender cómo iban a resolver los casos para poder dar opiniones jurídicas. En tanto que el realismo escandinavo eran filósofos que buscaban entender como en un mundo real sin que objetivamente existan las normas y valores podemos entender al Derecho que fuera compatible desde una perspectiva semántica, metafísica y epistemológica. En tanto que el realismo contemporáneo busca correlaciones (relaciones causales) entre las características de los casos y las normas, en relación con la decisión judicial. Lo que sí tienen en común es que ninguna de las tres concibe que el criterio de validez del Derecho se percibe de las normas mismas o de su fuente de autoridad, sino en cómo es percibida por los jueces, en general parece que el escepticismo en la interpretación de las normas es lo que se refleja como común entre el realismo norteamericano y el realismo contemporáneo.

El realismo jurídico tiene relación con la metodología de Hart, en cuanto al criterio de validez, que ambos derivan de una fuente social. Pero Leiter explica el error en el que incurrió Hart, pues se debe comprender que los realistas no tratan de explicar el concepto del Derecho, sino que tratan de analizar y prever como van a resolver los jueces las controversias. En cuanto al realismo psicológico escandinavo, éste se enfoca a estudiar porque la creencia de que una norma es obligatoria explica el comportamiento en relación de la norma, lo que tiene relación con la regla de reconocimiento, como criterio de validez de las normas. Otra cuestión que parece que se identifica con la metodología de Hart, es que tanto los realistas como la metodología de Hart, explican el Derecho como es, no como debe ser. Los realistas norteamericanos tratan de prever como van a resolver los casos los jueces, pero no analizan al Derecho como debe ser, en la medida en que no se ponen a estudiar la justificación moral de la decisión. Los realistas contemporáneos, por lo tanto, los realistas también tienen esa diferencia entre la concepción de lo que es el Derecho por un lado y lo que debe ser el Derecho por

otro. La metodología empírica de los realistas parte del estudio de resoluciones para determinar las características comunes y así analizar que bajo ciertas características del caso y la norma se puede prever una solución determinada, por lo que podemos encontrar en los realistas esa percepción de la naturaleza del derecho como una institución social.

Así, podemos resumir un poco que del modelo normativista, el estudio descriptivo del conjunto de normas de un ordenamiento jurídico, nada resuelve el problema sobre las razones de la validez material del Derecho, ni lo que hacen los operadores jurídicos con esas normas, tampoco plantean una posible solución al tema de la indeterminación del Derecho, ese conjunto de normas jurídicas puede ser interpretado de diferentes maneras y como resultado, un mismo caso puede tener varias posibles soluciones, inclusive antagónicas. Este modelo no trata lo que el profesor Guastini señala como escepticismo de las reglas que vimos en el capítulo II, esto es, la indeterminación del sistema jurídico, lo que produce que cualquier modelo formalista que afirme que existe una única interpretación correcta sea falsa. Esto implicaría para nuestro tema que no encontramos razones de validez de las normas más allá de las mismas normas, lo que implicaría desde esta posición teórica, cualquier intento de análisis de control constitucional sobre reformas constitucionales ante límites implícitos, pues ello dependerá de una validez material, al menos que el límite implícito implique sostener la congruencia entre dos normas constitucionales, o en sus consecuencias.

Por otro lado, parte de esta problemática del escepticismo de las reglas va afectar la mayoría de los modelos. Tomamos ahora el modelo de ciencia jurídica realista. El realismo, puede dar cuenta mejor de qué es lo que se hace en la práctica jurisdiccional, pero no explica todas las posibles operaciones que pueden hacer los juristas. Desde la postura realista es posible comprender mejor la distinción entre normas y textos normativos. A partir de esta distinción, también se comprende mejor la dificultad que se genera en las indeterminaciones en abstracto (qué significa ese texto normativo) y en concreto (es aplicable al caso

específico esa norma). De igual manera desde una perspectiva realista se justifica mejor comprender al Derecho como en constante construcción (dinámico).

Sin embargo, aunque estoy de acuerdo que la interpretación no es un proceso cognitivo, y es más de decisión y voluntad ante las posibles interpretaciones que se pueda dar a un mismo texto normativo y su aplicabilidad a diferentes tipos de casos, creo que el realismo no explica las razones autoritativas de las normas, es decir, si las normas derivan de la interpretación (como actos de decisión y voluntad), la argumentación dada por el órgano jurisdiccional va determinarla razón autoritativa, pero no explica que razones deben de prevalecer sobre otras (de carácter económico, pragmático, axiológico, etc.). si de las reglas no podemos extraer la única respuesta correcta, entonces de dónde es que se extrae las soluciones de las controversias. Así debido al escepticismo de las reglas, el realismo señala que debe ser más una teoría descriptiva de interpretación que una teoría prescriptiva de interpretación, una reconstrucción de la práctica efectiva de una determinada comunidad interpretativa. Sin embargo, el realismo tendrá que tener puntos de estudio de otros factores en los que se apoyen los jueces para llegar a la solución de la controversia, como aspectos de política, económicos, históricos, sociológicos, etc.

Como señala Carlos S. Nino, la labor de los juristas desde dos alternativas, cognoscitiva y axiológicamente neutral, o argumentativa que entiendo que se soportará en aspectos valorativos o axiológicos, sin embargo, expone que ambos extremos son insatisfactorios, por lo que se debería de realizar una “reconstrucción racional de la metodología apropiada a una empresa intelectual que satisfaga las funciones y objetivos de la actividad teórica de los juristas” ³²⁶, nos empieza a orientar sobre lo que debe hacer la ciencia jurídica, y al parecer hace referencia sobre la incompatibilidad o distanciamiento que no debe existir

³²⁶ Nino, S. Carlos, Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica, 2 edición, Fontamara, México, 1995, P. 13

entre el concepto de ciencia jurídica con los fines y actividades de los juristas, para poder aproximarnos a lo que es ciencia jurídica.

También el modelo de ciencia jurídica argumentativista que maneja el profesor Atienza, propone buscar soluciones a los casos difíciles que en el modelo formalista o normativista se queda corto. El modelo argumentativista, propone estudiar al derecho, incluyendo normas que no son reglas, sino principios y valores que estructuran el ordenamiento jurídico. En los casos difíciles en que las reglas no proponen una posible respuesta, se acude a principios y valores, y a través de una argumentación de acuerdo a estos principios y valores. El problema que presenta este modelo de ciencia jurídica es que los métodos de argumentación que se proponen carecen de criterios objetivos para validar los argumentos expuestos a partir de estos principios y valores. Esto produce que la argumentación dada, y los métodos utilizados para exponer las razones de la solución dada en estos casos difíciles sirvan para disfrazar las concepciones ideológicas de los intérpretes u operadores de Derecho.

Si agrupamos en dos corrientes las diferentes manifestaciones teóricas dependiendo de su postura en relación a la conexión necesaria o contingente de la moral con el Derecho, podemos situar a los positivistas por un lado, y por otro, a los no positivistas. Toda aquella posición teórica que sostenga que la relación entre el Derecho y moral es contingente, se sitúa en el grupo de positivistas, mientras que aquellos que señalan que existe una relación necesaria entre el Derecho y moral, sería no positivista³²⁷. Entre los diferentes no positivistas, que pudiera ser la corriente realista, pospositivismo, naturalismo, situamos también la postura de Robert Alexy.

El profesor Alexy sostiene que el Derecho tiene una naturaleza dual, en la que por un lado, se tiene la dimensión real o fáctica, que está compuesta por el elemento

³²⁷ Alexy, Robert, *On the Concept and the Nature of Law*, Ratio Juris. Vol. 21 No. 3 June, September, 2008, P.284-85

autoritativo del Derecho y la eficacia social, y por el otro, la dimensión ideal del derecho que encuentra su expresión en la pretensión de corrección moral³²⁸. Esta dimensión ideal es la que por el momento nos interesa, porque esa pretensión de corrección se dirige a una corrección material del Derecho, lo que implica que no todo puede ser Derecho. Como señala Alexy, “the correctness of content concerns, above all, justice, for justices is nothing other than correctness with respect to distribution and balance, and distribution and balance present the central concern of law. Questions of justice, however, are moral questions”³²⁹.

El relativismo moral, siempre ha sido una de las objeciones que positivismo plantea para demostrar la no necesidad en la conexión conceptual entre Derecho y moral, sin embargo, el profesor Alexy sostiene que es a través de los Derechos Humanos y su justificabilidad que se puede entender una objetividad moral, “human rights are norms that essentially claim priority with respect to all other norms. If human rights are justifiable, their priority claim is, therefore, also justifiable. For that reason, identity as a moral element may indeed influence the conception of justice”³³⁰. Desde esta perspectiva no podríamos justificar la neutralidad axiológica sostenida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

De tal manera que posicionados fuera de cualquier teoría formalista, se podría determinar como necesaria la jurisdicción constitucional de la reforma constitucional. Pues será un mecanismo de que apoyará la corrección material del Derecho, así como su pretensión de justicia.

IV.2 Análisis sobre los límites a la reforma constitucional en México.

³²⁸ Véase en Alexy, Robert, *The Dual Nature of Law*, Ratio Juris. Vol. 23 No. 2 June 2010, P. 167.

³²⁹ Alexy, Robert, *Legal Certainty and Correctness*, Ratio Juris. Vol. 28 No. 4 December 2015, P. 441

³³⁰ Alexy, Robert, *Law, Op. Cit.* Nota 43, P. 9-10

El desarrollo de la idea de los límites de la reforma constitucional tuvo gran auge después de la Segunda Guerra Mundial³³¹, en el que muchas Constituciones empezaron a establecer cláusulas pétreas o intangibles, es decir, límites expresos al poder de reforma.

La existencia de límites al poder de reforma constitucional, no sería problemático, si suceden dos cosas: a) que existan esos límites expresos en la Constitución; y b) que exista un mecanismo para ejercer el control cuando se sobrepasen los límites. Cuando existe a, pero no b, lo natural sería que el Tribunal Constitucional o quién haga las veces, ejerciera dicha competencia, sin embargo tendrían que hacer un esfuerzo de interpretación y argumentación para justificar dicha competencia. Lo que resulta complejo, es el tema de los límites implícitos, es decir, no hay cláusulas intangibles al poder de revisión de manera expresa, y peor aún, no hay una facultad expresa para realizar el control sobre las reformas constitucionales.

Sin embargo, como vimos en el apartado anterior, mucho importa la posición teórica que se sostenga. Recasens Siches, señala que desde “la filosofía de la democracia liberal, al aplicarse al poder constituyente, produce la exigencia ideal de que éste, desde el punto de vista de la estimativa o axiológica jurídica, aunque de hecho posea una potestad absoluta, debe limitar esa potestad mediante el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales de la persona individual”³³². De tal manera que si coincidimos con esta postura, que incluso, establece límites implícitos al poder constituyente, con mayoría de razón aplican esos mismos límites y tal vez con mayor exigencia al poder constituido.

En México, en la Constitución de 1824 encontrábamos un límite que podríamos entender como expreso, el artículo 3º, señalaba que: “La religión de la nación

³³¹ Como señala Yaniv Roznai, “just as having a formal constitution became a universal trend after the American and French Revolutions –a symbol of modernism- so in the aftermath of the Second World War, including an unamendable provision became a symbol of modernism” en Roznai, Yaniv, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The migration and success of a Constitutional Idea*, *The American journal of comparative Law*, Vol. 61, No. 3, 2013, P. 667.

³³² Recasens Siches, Luis, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Vigésima primea edición, Porrúa, México, P. 308

mexicana es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana. La nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra”. Podríamos entender aquí un límite a la reforma, ya que el constituyente determinó de manera perpetua la religión del Estado. Otro límite que existía en la Constitución de 1824, era en relación a la temporalidad. El artículo 166 y 167 de la Constitución de 1824 establecía que hasta el año 1830, se iban a analizar las propuestas de reforma a la Constitución, sin embargo, sería la siguiente integración del Congreso quién debía realizaría el proceso de reforma³³³. Pero más importante aún, el artículo 171 de la Constitución establecía límites expresos:

“Art. 171. Jamás se podrán reformar los artículos de esta constitución y de la acta constitutiva que establecen la libertad e independencia de la nación mexicana, su religión, forma de gobierno, libertad de imprenta, y división de los poderes supremos de la federación y de los Estados.”

Sin embargo, la Constitución de 1824 no establecía un mecanismo para controlar formal y materialmente las reformas constitucionales. Es decir, si una integración del Congreso determina por resolución que se realizarían una serie de reformas, y la siguiente integración no sólo delibera esas reformas sino que añade más reformas a otros artículos, violaría el procedimiento pues por las consideraciones

³³³ La Constitución de 1824, establecía en los artículos 166 al 169, un proceso de reforma muy diferente que el de la Constitución de 1857 y que la actual:

Art. 166. Las legislaturas de los Estados podrán hacer observaciones, según les parezca conveniente, sobre determinados artículos de esta constitución y del acta constitutiva; pero el congreso general no las tomará en consideración sino precisamente el año de 1830.

Art. 167. El congreso en este año se limitará a calificar las observaciones que merezcan sujetarse a la deliberación del congreso siguiente, y esta declaración se comunicará al presidente, quien la publicará y circulará sin poder hacer observaciones.

Art. 168. El congreso siguiente, en el primer año de sus sesiones ordinarias, se ocupará de las observaciones sujetas a su deliberación, para hacer las reformas que crean convenientes; pues nunca deberá ser uno mismo el congreso que haga la calificación prevenida en el artículo anterior, y el que decreta las reformas.

Art. 169. Las reformas o adiciones que se propongan en los años siguientes al de 30, se tomarán en consideración por el congreso en el segundo año de cada bienio y se calificaren necesarias, según lo prevenido en el artículo anterior, se publicará esta resolución para que el congreso siguiente se ocupe de ellas.

Art. 170. Para reformar o adicionar esta constitución o la acta constitutiva, se observarán además de las reglas prescritas en los artículos anteriores, todos los requisitos prevenidos para la formación de las leyes, a excepción del derecho de hacer observaciones concedido al presidente en el artículo 106.

de diversos artículos o sentido de reformas no analizados por una integración previa del Congreso, la rigidez del proceso de reforma implicaría que no podrían aprobarse esas reformas, y no habría como calificarlas de inconstitucionalidad. O si una integración del Congreso determina reformar la Constitución para cambiar el proceso de reforma a la Constitución y eliminar esa rigidez del procedimiento de reformas constitucionales, también estarían ausentes de control constitucional. Situación que se da el 18 de Mayo de 1847 en el que se reforma el procedimiento de reformas a la Constitución, y en el acta de reformas se publicó: “En cualquier tiempo podrán reformarse los artículos de la acta constitutiva, de la Constitución federal y de la presente acta, siempre que las reformas se acuerden por los dos tercios de ambas cámaras, o por la mayoría de dos congresos distintos e inmediatos. Las reformas que en lo sucesivo se propusieren, limitando en algun punto la extensión de los poderes de los Estados, necesitarán, además, la aprobación de la mayoría de las legislaturas.”. Esta reforma cambia el procedimiento de reforma y establece la posibilidad que en un solo periodo de un Congreso pasen reformas constitucionales.

En cuanto a los límites materiales a la reforma constitucional expresamente establecidos en el artículo 171 de la Constitución de 1824, también fue reformado en fecha 18 de Mayo de 1847, para quedar de la siguiente manera: “En ningún caso se podrán alterar los principios que establecen la independencia de la nación, su forma de gobierno republicano representativo popular federal, y la división, tanto de los poderes generales, como de los de los Estados”. Con esta reforma, la libertad, la religión y la libertad de imprenta quedaron excluidas de la cláusula pétrea al poder reformador. Pero demuestra que no es suficiente que se tenga un núcleo intangible si no se tiene un procedimiento de control jurisdiccional a las reformas constitucionales.

La problemática de la Constitución actual, es que no tiene límites expresos, ni un mecanismo *ex professo* para que se ejerza el control jurisdiccional de reformas

constitucionales, todo lo concerniente a la reforma constitucional está en el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México.

El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

Ante esta situación podríamos buscar una solución como la que optó la Suprema Corte de India, que elaboró la doctrina de la “estructura básica de la Constitución”, como límite a las reformas constitucionales, “*the doctrine of Basic Structure of the Constitution, a unique idea that empowered the Judges to bifurcate the Constitution in the fundamental and non-fundamental provisions of the Constitution, which the framers of the Constitution could not envisage*”³³⁴. De tal manera, que la estructura básica de la Constitución está fuera del alcance del poder de reforma. El criterio derivó de *Kesavananda Bharati v. State of Kerala and Another*, en 1973 en la que 13 jueces durante 68 días deliberaron el caso y produjeron una resolución mayor a mil páginas, con una votación de 7 a 6. Este criterio que parecía que no duraría, se ha ido fortaleciendo en el Derecho Constitucional de la India, per se ha ido desarrollando y fortaleciendo con varios precedentes.

³³⁴Ullah, Aman, Samee, Uzair, *Basic Structure of Constitution: Impact of Kesavananda Bharati on Constitution Status of Fundamental Rights*, A research Journal of South Asian Studies, Vol. 26, No. 2. July-December, 2011, pp 300.

Virendra Kumar, explica que la doctrina de la estructura básica de la Constitución se sustenta en la existencia de principios o valores que estructuran la constitución, señala que

“the pre-constitutional values are universally perceived in terms of certain basic human rights that are considered essential for the very existence of a human being. These are assumed and assimilated as some intrinsic or foundational values, which exist as such in the scheme of nature. Such values are not a gift from the State to its citizens, but exist independently of any constitution by reason of the fact that they are members of human race. These are invariably crystallized in the Constitution in the form of fundamental rights, which occupy a unique place in the lives of civilized societies”³³⁵.

El professor Kumar defiende la postura de la estructura básica de la constitución como inherente a un constitucionalismo actual, “the other single feature of the basic structure doctrine is that it is in consonance with the concept of constitutionalism, which represents the strategy of controlling government through the discipline of fundamental rights”³³⁶.

Es evidente que la doctrina de la estructura básica de la Constitución, deja a la Suprema Corte determinar en qué consiste, a parte de los Derechos Humanos, la estructura básica de la Constitución, lo que deja mucho margen de discreción jurisdiccional para determinar lo intangible de la Constitución. Esto podría traer un riesgo de activismo judicial y un peso contramayoritario muy fuerte, pero ante situaciones como un poder político hegemónico y un desmesurado poder de reforma, sí que se podría justificar la aplicación de la doctrina de la estructura básica de la constitución, como señala Po Yen Yap, “In view of countermajoritarian danger of any such judicial exposition, this doctrine should only thus be enforced in states, with malleable constitutions, where the dominant

³³⁵ Kumar, Virendra, Basic Structure of the Indian Constitution: Doctrine of Constitutionally Controlled Governance, in Journal of the Indian Law Institute, Vol. 49, No. 3, July-September 2007, P. 381

³³⁶ Ídem, P. 393.

party/coalition in power has unilaterally harnessed the amendment process to achieve manifestly unreasonable political outcomes”³³⁷.

Lo que interesaría en este caso, sería analizar la Constitución para determinar lo que comprende la estructura básica de la Constitución de México. Si partimos de los Derechos Humanos, lo primero que tendríamos que decir es que ya ha sucedido que una reforma a la constitución elimine un derecho humano ya previamente reconocido. En particular el principio de presunción de inocencia, que a falta de su existencia expresa la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que estaba implícito en la Constitución Federal, lo que se puede contemplar del siguiente criterio:

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar "los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado"; en el

³³⁷ Jen Yap, Po, *The conundrum of unconstitutional constitutional amendments*, Global Constitutionalism (2015), 4:1, P. 136

artículo 21, al disponer que "la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público"; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole "buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos". En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, a priori, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.³³⁸

En ese sentido, la Suprema Corte había declarado que el arraigo establecidos en diferentes códigos penales eran inconstitucionales³³⁹, sin embargo, el 18 de agosto de 2008, se hace reformas al artículo 20 de la Constitución que en la fracción I, del Apartado B, introduce de manera explícita el principio de inocencia³⁴⁰, y a la par, también se producen reformas en el párrafo 8 del artículo 16, que establecen su excepción:

"La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda

³³⁸ Época: Novena Época Registro: 186185 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XVI, Agosto de 2002 Materia(s): Constitucional, Penal Tesis: P. XXXV/2002 Página: 14

³³⁹ Época: Novena Época Registro: 176030 Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXIII, Febrero de 2006 Materia(s): Constitucional, Penal Tesis: P. XXII/2006 Página: 1170 ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

³⁴⁰ "Art. 20.-...

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;..."

exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.”

Esto sirve para reflejar la necesidad de unos límites implícitos ante la falta de límites expresos, y podemos tomar como punto de partida de los límites implícitos a los Derechos Humanos. Pero también tenemos que aclarar que la concepción de los Derechos Humanos ha evolucionado en la Constitución de México ha evolucionado.

En la Constitución de 1857 se tenía una concepción muy diferente que la constitución de 1917, el artículo 1º de la Constitución de 1857 señalaba que “El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales”; en tanto que, el artículo 1º de la Constitución de 1917 sostenía que: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”. La diferencia entre ambos artículos es enorme, mientras que uno reconoce a los Derechos Humanos como previos a la Constitución, el segundo, reconoce al Estado como origen de los mismos. Esta última concepción sobre los Derechos Humanos como derivados del Estado, harían difícil el desarrollo de una doctrina de estructura básica de la constitución, sin embargo, el 10 de junio de 2011, se reformó el artículo 1º, para quedar como sigue: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”.

Esta reforma posibilita hablar que los derechos humanos son parte de una estructura básica de la constitución y que contrario a la concepción previa, no son disponibles al Estado, pues son previas a él. Esta reforma produjo muchos cambios, en especial en la manera que se percibían y operaban los Derechos Humanos en México. La Suprema Corte empezó a manejar por vía de jurisprudencia conceptos como dignidad humana, lo que puede servir como un principio previo al Estado, y ha sostenido que:

DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA.

La dignidad humana no se identifica ni se confunde con un precepto meramente moral, sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un bien jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica, reconocido actualmente en los artículos 1o., último párrafo; 2o., apartado A, fracción II; 3o., fracción II, inciso c); y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, el Pleno de esta Suprema Corte ha sostenido que la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad. Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta -en su núcleo más esencial- como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.³⁴¹

³⁴¹ Época: Décima Época Registro: 2012363 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 33, Agosto de 2016, Tomo II Materia(s): Constitucional Tesis: 1a./J. 37/2016 (10a.) Página: 633

En esta directriz jurisprudencial³⁴², se ha entendido a la dignidad humana como un valor previo que la Constitución reconoce y es apartir de ahí que derivan los Derechos Humanos. De tal forma, la dignidad humana y los Derechos Humanos reconocidos en la misma Constitución mexicana, constituyen parte de la estructura básica de la Constitución.

Pero adicionalmente a los Derechos Humanos, ¿qué podríamos entender como estructura básica de la Constitución?, Limbach Jutta, analizando el concepto de supremacía de la Constitución, explica que, para la Constitución de Alemania, que entendemos como los principios básicos de la Constitución y su intangibilidad, “basic constitutional principles which structure the State – such as democracy, separation of powers the rule of law and respect for human dignity- may not be altered at all. The aim was to prevent the enemies of democracy from overturning it using its own instruments – like majority rule”³⁴³. Así, podemos señalar que hay elementos no disponibles a una mayoría y que no solo se refieren a Derechos Humanos. Don Pedro de Vega señala que “toda Constitución se identifica con un régimen político determinado y con una fórmula política que materialmente define, y socialmente legitima, el ordenamiento legal, es claro que cualquier intento de modificación de los valores básicos que componen la fórmula política, a través del mecanismo de la reforma, implicaría no la simple sustitución de unos artículos por otros, sino la creación de un régimen político diferente”³⁴⁴.

³⁴² Época: Décima Época Registro: 160870 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro I, Octubre de 2011, Tomo 3 Materia(s): Civil Tesis: I.5o.C. J/30 (9a.) Página: 1528 DIGNIDAD HUMANA. DEFINICIÓN. La dignidad humana es el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos; también véase Época: Décima Época Registro: 160869 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro I, Octubre de 2011, Tomo 3 Materia(s): Civil Tesis: I.5o.C. J/31 (9a.) Página: 1529 DIGNIDAD HUMANA. SU NATURALEZA Y CONCEPTO. La dignidad humana es un valor supremo establecido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna.

³⁴³ Limbach, Jutta, *The Concept of the Supremacy of the Constitution*, Modern Law Review, V. 64, No 1, January 2001, P. 4

³⁴⁴ De Vega, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, 4ª reimpresión, Tecnos, Madrid, 1999 P. 285.

Siguiendo esta línea, podríamos entender que en México, los límites implícitos que conforman la Estructura Básica de la Constitución, serían:

- Los Derechos Humanos, no en tanto a que no puedan reformarse, sino que pudieran eliminarse o restringirse de manera no razonable.
- El artículo 39 que reconoce al pueblo como titular de la soberanía³⁴⁵.
- El Artículo 40 en tanto que establece la forma de República, representativa y democrática³⁴⁶.
- El pacto federal establecido en principio en el artículo 40 de la Constitución, que si bien se pueden reformar aspectos de atribución y facultades, pero no debería reformarse al grado que se vaya perdiendo la esencia de la federación.
- La división de poderes, establecido en el artículo 49 de la Constitución³⁴⁷.

En general no se trata de que estos artículos sean intocables, sino que los principios subyacentes en estos artículos no se vean vulnerados con reformas, porque podrían cambiar la esencia de la Constitución, su estructura básica. Esto es lo que en parte podría significar el artículo 136 de la Constitución cuando señala que la Constitución no perderá su fuerza y vigor³⁴⁸, pues no se trata que

³⁴⁵ Artículo 39. La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

³⁴⁶ Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

³⁴⁷ Artículo 49. El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.

³⁴⁸ Artículo 136. Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público, se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a ésta.

ningún aspecto podrá perder fuerza, sino que la estructura básica de la Constitución Mexicana y sus principios, no deberán de perder fuerza y vigor.

Otra forma de atender el tema de límites de la reforma constitucional, es como señala el profesor Otto Bachof³⁴⁹, que determina que puede existir dos tipos de inconstitucionalidades derivadas de la reforma a la Constitución: a) Infracciones de la Constitución Escrita; y b) Contradicción a las normas constitucionales no escritas.

En cuanto a las normas constitucionales que derivan de la violación a la constitución escrita señala que pueden darse, por:

- Inconstitucionalidad de normas constitucionales ilegales, esto se debe a que las normas no se producen conforme al procedimiento establecido para la reforma.
- Inconstitucionalidad de normas constitucionales por contradicción de normas constitucionales de rango superior.
- Inconstitucionalidad de normas constitucionales por contradicción de normas constitucionales de rango superior.
- Inconstitucionalidad a través de la mutación de la naturaleza de las normas constitucionales. Invalide sin decisión expresa.
- Inconstitucionalidad por la infracción del derecho constitucional metapositivo positivizado.

En tanto que las normas constitucionales derivadas del proceso de reforma que pueden vulnerar la constitución no escrita serían por:

- Inconstitucionalidad por la lesión de los principios constitutivos no escritos del texto constitucional.
- Inconstitucionalidad por la contradicción del derecho constitucional consuetudinario.

³⁴⁹ Bachof, Otto, *¿Normas Constitucionales inconstitucionales?*, Palestra, Lima, 2008, P. 54 y ss.

- Inconstitucionalidad (invalidez) por la contradicción del derecho metapositivo no positivizado.

IV.3. Revalorando la jurisdicción constitucional en México para el control jurisdiccional de las reformas constitucionales.

Como vimos en el Capítulo III, se ha intentado el control jurisdiccional de las reformas constitucionales a través del amparo, de la controversia constitucional y de acciones de inconstitucionalidad, es decir a través de los tres medios más importantes de jurisdicción constitucional en México, en todos se ha señalado que no procede y se han utilizado argumentos en torno al diseño del mecanismo de control constitucional para determinar que no alcanza el control jurisdiccional para ejercerlo sobre el poder revisor.

El primero de los argumentos más importantes fue en el caso conocido como Amparo Camacho Solís, en el que la SCJN sostuvo que no se impugna el producto en sí mismo (esto es, la norma constitucional reformada), sino que son los actos realizados durante el proceso de reforma, los que se someten a revisión jurisdiccional. En este sentido el Pleno determinó

“que cuando se impugna el proceso de reforma constitucional no es la Carta Magna, sino los actos que integran el procedimiento legislativo que culmina con su reforma, lo que se pone en tela de juicio, por lo que pueden ser considerados como autoridades responsables quienes intervienen en dicho proceso, por emanar éste de un órgano constituido, debiendo ajustar su actuar a las formas o esencias consagradas en los ordenamientos correspondientes, conducta que puede ser controvertida mediante el juicio de amparo, por violación al principio de legalidad. ... la circunstancia de que aun cuando el proceso de reforma hubiese sido elevado a la categoría de norma suprema, tal situación no podría desconocer la eficacia protectora del juicio de amparo como medio de control constitucional, puesto que de ser así no habría forma de remediar el posible incumplimiento de las formalidades

consagradas en el artículo 135 de la Carta Magna ni, por ende, podría restablecerse a los agraviados en los derechos que estiman violados, con lo que se autorizaría la transgresión a derechos fundamentales sin oportunidad defensiva...”³⁵⁰.

Del argumento anterior, se desprende una clara concepción de la división de poderes, originario y constituidos, y una valoración preponderante del principio de supremacía constitucional. No obstante, en un medio jurisdiccional diverso, la Corte reflexionó de nuevo sobre el tema, y determinó que el proceso de reforma constitucional esta fuera de su esfera de competencia por lo tanto es inimpugnable. El citado caso deviene al resolver una controversia constitucional, y como producto se emitió una jurisprudencia, donde el Pleno determino que

“de acuerdo con el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución no es susceptible de control jurisdiccional, ya que lo encuentra en sí mismo; esto es, la función que realizan el Congreso de la Unión, al acordar las modificaciones, las Legislaturas Estatales al aprobarlas, y aquél o la Comisión Permanente al realizar el cómputo de votos de las Legislaturas Locales y, en su caso, la declaración de haber sido aprobadas las reformas constitucionales, no lo hacen en su carácter aislado de órganos ordinarios constituidos, sino en el extraordinario de Órgano Reformador de la Constitución, realizando una función de carácter exclusivamente constitucional, no equiparable a la de ninguno de los órdenes jurídicos parciales, constituyendo de esta manera una función soberana, no sujeta a

³⁵⁰ No. Registro: 193,249, Tesis aislada, Materia(s): Constitucional, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, X, Septiembre de 1999, Tesis: P. LXII/99, Página: 11: REFORMA CONSTITUCIONAL, AMPARO CONTRA SU PROCESO DE CREACIÓN. EL INTERÉS JURÍDICO DERIVA DE LA AFECTACIÓN QUE PRODUCE, EN LA ESFERA DE DERECHOS DEL QUEJOSO, EL CONTENIDO DE LOS PRECEPTOS MODIFICADOS.

ningún tipo de control externo, porque en la conformación compleja del órgano y en la atribución constitucional de su función, se encuentra su propia garantía”³⁵¹.

Como se puede apreciar, el contenido argumental cambió hacia la soberanía del Órgano reformador constitucional, por tanto, también varió su concepción de división de poderes. En consecuencia a esa postura, colocó al Poder reformador en un nivel supraconstitucional, por tanto, fuera de la esfera del control constitucional, y sujeto único y exclusivamente a un autocontrol.

El último argumento utilizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el control constitucional fue la improcedencia del juicio de amparo, debido a que los efectos de la sentencia provocarían una violación al principio de relatividad de sentencias³⁵².

No obstante, consideramos que el Juicio de Amparo sí es procedente, y que no se afecta el principio de relatividad de sentencias. Para esto debemos recordar que los artículos constitucionales relacionados con el juicio de amparo fueron reformados el 06 de junio de 2011. Estas reformas tuvieron gran impacto, primero en cuanto a su objeto, y segundo, en cuanto a su proceso, ya que alteró principios del juicio de amparo, incluyendo el de relatividad de sentencias.

En cuanto su objeto, el artículo 103 de la Constitución señala contra qué procede el juicio de amparo de la manera siguiente:

³⁵¹ No. Registro: 185,941 Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XVI, Septiembre de 2002, Tesis: P./J. 39/2002, Página: 1136 PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JURISDICCIONAL.

³⁵² poca: Décima Época Registro: 2000648 Instancia: Segunda Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro VII, Abril de 2012, Tomo 2 Materia(s): Común Tesis: 2a./J. 38/2012 (10a.) Página: 1063

“Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite

- I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;
- II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la autonomía de la Ciudad de México, y
- III. Por normas generales o actos de las autoridades de las entidades federativas que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.”

Desde la fracción I del artículo citado, podríamos aceptar la procedencia del amparo en contra de reformas a la constitución, ello debido a que:

- La reforma constitucional tiene como producto una norma general, por lo tanto, si dicha norma vulnera un derecho humano podría proceder el amparo en contra de ella.
- El proceso de reforma constitucional está integrado por una serie de actos establecidos como parte del procedimiento, que deben seguirse para producir certeza jurídica en los gobernados. Si dichos actos han vulnerado el proceso o se han omitido etapas o requisitos formales durante la reforma constitucional, sin lugar a dudas podrías vulnerarse derechos de seguridad jurídica y con ello también resultaría procedente el juicio de amparo.

- Las fracciones II y III del artículo 103 hablan de lo que se conoce como amparo soberanía, podría ser presentado por la Federación, los Estados o Municipios, en términos del artículo 7 de la Ley de Amparo, cuando una reforma constitucional vulnere de algún modo el Pacto Federal.

De tal manera, podemos ver que en cuanto el objeto del juicio de amparo, sí alcance para ser un medio de control jurisdiccional de reformas constitucionales. Ahora bien, en cuanto al principio de relatividad de sentencias, también fue reformado este principio en el 2011, el artículo que contempla el principio actualmente señala:

“Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

...

- II. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda.

Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.

Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando

menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no será aplicable a normas generales en materia tributaria.”

Este principio de relatividad de sentencias fue disminuido ante la posibilidad de realizar una Declaratoria General de Inconstitucionalidad. La Ley de Amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución, desarrolló el procedimiento de Declaratoria General de Inconstitucionalidad en los artículos siguientes:

“Artículo 231. Cuando las salas o el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, resuelvan la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, en una o en distintas sesiones, el presidente de la sala respectiva o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora de la norma.

Lo dispuesto en el presente Capítulo no será aplicable a normas en materia tributaria.

Artículo 232. Cuando el pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, establezcan jurisprudencia por reiteración, en la cual se determine la inconstitucionalidad de la misma norma general, se procederá a la notificación a que se refiere el tercer párrafo de la fracción II del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Una vez que se hubiere notificado al órgano emisor de la norma y transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se modifique o derogue la norma declarada inconstitucional, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de

la Nación emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad correspondiente siempre que hubiera sido aprobada por mayoría de cuando menos ocho votos.

Cuando el órgano emisor de la norma sea el órgano legislativo federal o local, el plazo referido en el párrafo anterior se computará dentro de los días útiles de los periodos ordinarios de sesiones determinados en la Constitución Federal, en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, o en la Constitución Local, según corresponda.

Artículo 233. Los plenos de circuito, conforme a los acuerdos generales que emita la Suprema Corte de Justicia de la Nación, podrán solicitar a ésta, por mayoría de sus integrantes, que inicie el procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad cuando dentro de su circuito se haya emitido jurisprudencia derivada de amparos indirectos en revisión en la que se declare la inconstitucionalidad de una norma general.

Artículo 234. La declaratoria en ningún caso podrá modificar el sentido de la jurisprudencia que le da origen, será obligatoria, tendrá efectos generales y establecerá:

- I. La fecha a partir de la cual surtirá sus efectos; y
- II. Los alcances y las condiciones de la declaratoria de inconstitucionalidad.

Los efectos de estas declaratorias no serán retroactivos salvo en materia penal, en términos del párrafo primero del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 235. La declaratoria general de inconstitucionalidad se remitirá al Diario Oficial de la Federación y al órgano oficial en el que se hubiera publicado la norma declarada inconstitucional para su publicación dentro del plazo de siete días hábiles.”

Podemos ver con el procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad, que el argumento de vulneración al principio de relatividad de sentencias puede ser ya un tema superado. Ante la posibilidad que tiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de declarar de manera general la inconstitucionalidad de una norma que emite el poder revisor, el juicio de amparo resulta un mecanismo adecuado para ejercer el control jurisdiccional de reformas constitucionales.

Es importante resaltar que dentro de la nueva ley de Amparo, se estableció como causal de improcedencia del juicio de amparo en el artículo 61 fracción I, cuando sea “Contra adiciones o reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Sin embargo, esta norma se podría declarar inconstitucional. Si se determina que es una facultad implícita de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ejercer control constitucional en contra de reformas constitucionales, entonces este artículo estaría contradiciendo esa facultad implícita, lo que produciría su inconstitucionalidad.

En tanto que la Controversia Constitucional y la Acción de Inconstitucionalidad, resultan también medios de control jurisdiccional aptos para ejercer el control constitucional sobre reformas a la Constitución.

Si bien, como ya vimos en el capítulo II, cada mecanismo de control constitucional tiene diferentes órganos legitimados para acudir al mecanismo de control constitucional, podemos encontrar que precisamente por eso, cada medio de control pudiera proteger aspectos diferentes de los principios que componen nuestra Constitución.

La controversia constitucional protege la división de poderes y el pacto federal. A través de este medio de control constitucional se impugnan controversias que se susciten por conflictos de competencias, y más aún, en el penúltimo párrafo del artículo 105 fracción I de la Constitución que contempla la controversia constitucional, específicamente señala:

“Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de las entidades federativas, de los Municipios o de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México impugnadas por la Federación; de los Municipios o de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México impugnadas por las entidades federativas, o en los casos a que se refieren los incisos c) y h) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiere sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.”

Con esto, si la norma producida por el poder reformando, atentara en contra de la división de poderes o perjudicara el sistema del pacto federal de manera irrazonable, la controversia constitucional resulta idóneo para que los distintos poderes pudieran acceder a este medio jurisdiccional de control constitucional y proteger la supremacía constitucional.

Por otro lado, la acción de inconstitucionalidad tiene por objeto “plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución”³⁵³. Así, podemos señalar que si la norma producida por el poder de reforma, está en contradicción con alguna otra norma, o si se vulneró el artículo 135 que establece el procedimiento para la reforma, sí resulta procedente la acción de inconstitucionalidad.

Pero más aún, debido a que sujetos legitimados para acceder a ella, resulta que puede ser muy útil para proteger al sistema constitucional incluso en contra de una reforma. De la fracción II del artículo 105 se desprende que pueden ejercer la acción de inconstitucionalidad:

- a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales;

³⁵³ Fracción II del Artículo 105 de la Constitución.

- b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de las leyes federales o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;
- c) El Ejecutivo Federal, por conducto del Consejero Jurídico del Gobierno, en contra de normas generales de carácter federal y de las entidades federativas;
- d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguna de las Legislaturas de las entidades federativas en contra de las leyes expedidas por el propio órgano;
- e) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Nacional Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro en una entidad federativa, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por la Legislatura de la entidad federativa que les otorgó el registro;
- f) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal o de las entidades federativas, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en las entidades federativas, en contra de leyes expedidas por las Legislaturas;

- h) El Fiscal General de la República respecto de leyes federales y de las entidades federativas, en materia penal y procesal penal, así como las relacionadas con el ámbito de sus funciones;

De tal forma, la acción de inconstitucionalidad al ser un medio de control constitucional abstracto, tener diferentes sujetos legitimados y efectos generales en la declaratoria de inconstitucionalidad, por lo que también resulta un medio adecuado para impugnar la inconstitucionalidad de normas que deriven un procedimiento de reforma a la Constitución.

Si bien, en la Constitución no se establece un supuesto específico que señale la procedencia del control constitucional sobre reformas constitucionales, conforme hemos analizado, procesalmente hablando, no encontramos un aparente problema en ninguno de los tres medios jurisdiccionales de control constitucional para ejercer el control constitucional en contra de reformas constitucionales.

De no proceder ningún mecanismo de control jurisdiccional de la constitución sobre la reforma constitucional, se corre el riesgo que señala Don Pedro de Vega, “si la existencia de la Constitución depende de la garantía de los derechos y del establecimiento de la división de poderes, quiere decirse que cualquier reforma atentatoria contra alguno de esos dos principios tendría que interpretarse, necesariamente, no como una modificación del ordenamiento constitucional, sino como una auténtica destrucción del mismo”³⁵⁴, sin que podamos evitarlo.

³⁵⁴ De Vega, Pedro, Op. Cit. Pág. 268.

Conclusiones.

La teoría constitucionalista contemporánea ha replanteado conforme a la nueva lógica de los derechos fundamentales, temas como el poder constituyente, poder constituido, división de poderes, supremacía constitucional entre otros. Por ello, es necesario conforme a la nueva manera de articular el principio liberal y el democrático a través de la supremacía constitucional, estudiar la dinámica del Tribunal Constitucional como intérprete y defensor de la Constitución, inclusive en contra del procedimiento de reformas constitucionales.

En el Estado Constitucional, la Constitución no se conforma en ser un instrumento formal que limita al poder político, sino que se estructura un orden de valores. Este orden de valores, es lo que da identidad a la constitución política, una modificación que altere de manera negativa o anule estos principios implicaría más que una reforma, un cambio de constitución.

El principio de división de poderes, constituye uno de los principios liberales básicos, que sin su existencia no se podría entender que existe constitución. En ese sentido, de las primeras divisiones que existen es la del Poder Constituyente y el Poder Constituido. El poder constituyente, limitado por la naturaleza de su función y efímero, se distingue de todos los poderes constituidos, incluyendo el poder de reforma a la Constitución. El poder de reforma de la constitución a diferencia del poder constituyente, tiene como límite el orden de valores objetivizados por el Constituyente así como la estructura básica de la Constitución de la cual obtienen su existencia. Que a través del poder de reforma se modifique cualquiera de estos aspectos, implicaría cambiar su naturaleza de poder constituido a constituyente.

Los cambios constitucionales, no sólo se dan a través de la reforma constitucional, también se dan por interpretación constitucional, o por transformación en sus presupuestos subyacentes. Tanto el procedimiento de reforma constitucional, como por interpretación constitucional, se puede vulnerar el orden constitucional, cuando se hace a través de una reforma, esto sería inconstitucional, en tanto que, cuando se vulnera el sistema constitucional por vía de interpretación, estamos hablando de mutación constitucional.

Atendiendo a la jerarquía de la constitución establecida a través del principio de supremacía constitucional y del principio de división de poder, el poder de reforma constitucional tiene límites formales y materiales. Los límites formales al procedimiento de reforma se refieren a que los requisitos procedimentales para la elaboración y aprobación de la reforma se cumplan, es decir, que se respete la rigidez constitucional. Los límites materiales atienden a los principios que componen la identidad de la constitución, incluyendo su orden de valores. Estos límites pueden ser explícitos cuando el poder constituyente establece cláusulas pétreas o intangibles para el poder de reforma o implícitas, cuando se desprenda que un cambio en alguno de esos aspectos implicaría no una reforma, sino cambio de orden constitucional.

La jurisdicción constitucional es la encargada de que se respete el principio de supremacía constitucional. Cuando un poder constituido excede su competencia o vulnera el orden constitucional, la jurisdicción constitucional se encarga de declarar el acto como inconstitucional y restablecer el orden vulnerado. En México, el juicio de amparo, la controversia constitucional y las acciones de inconstitucionalidad son los tres mecanismos de control constitucional concentrado más importantes que se encargan de mantener la supremacía de la Constitución.

La interpretación constitucional es una de las funciones más importantes que ejerce la jurisdicción constitucional. Antes de poder operar con el texto de la Constitución, la función jurisdiccional tiene que interpretarla para atribuirle un significado de los tantos posibles. Al desarrollar el significado del texto de la Constitución a través de la interpretación se desarrolla el Derecho, por lo que la función general es partícipe en la creación del Derecho cada vez que interpreta la Constitución.

La jurisprudencia constitucional ocupa entre las fuentes del Derecho un lugar a nivel del texto de la Constitución. Lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de los diferentes mecanismos de jurisdicción constitucional, desarrolle como jurisprudencia, explicitando el significado del texto de la Constitución, va adherirse a ese nivel constitucional. Por lo tanto, dentro del sistema de fuentes, la interpretación de la Constitución contenida en las jurisprudencias, se entenderán como parte del texto

constitucional. Para modificar una jurisprudencia constitucional, podrá realizarse a través un procedimiento de reforma, o a través de otra jurisprudencia.

Se podría argumentar que cada vez que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ejerce el control constitucional para declarar una ley inconstitucional, se vulnera el principio democrático, al atentar contra la voluntad de los representantes del pueblo que gozan de legitimidad democrática mucho mayor que la Suprema Corte. Que esto se ve replicado con mayor intensidad en el procedimiento de reforma constitucional porque no sólo participa el Congreso de la Unión sino los Congresos de los Estados, lo que implica mayor legitimidad democrática en la producción de esa norma. Sin embargo, cada vez que se protege el orden constitucional, se protege en mayor medida el principio democrático, pues su origen tiene mayor peso democrático que cualquier ley. Aún más, su valores y el orden estructurado por la Constitución posibilita el ejercicio democrático.

De la experiencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ejerciendo el control jurisdiccional de la reforma constitucional a través del amparo, la acción de inconstitucionalidad y controversia constitucional, ha fallado en su función de garante de la constitución. Los argumentos que ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Unión en México para declarar improcedente los tres medios de jurisdicción constitucional en contra de la reforma constitucional, han demostrado confusión en el principio de división de poderes al determinar que el poder de reforma es un poder constituyente permanente soberano, no sujeto a control alguno. El argumento de autocontrol en el procedimiento, no corresponde con el principio de supremacía constitucional y su garantía a través de la jurisdicción constitucional. El argumento de neutralidad axiológica de la Constitución mexicana refleja una posición teórica positivista normativista. El argumento de vulneración al principio de relatividad de sentencias ha sido superado por reforma constitucional que establece excepción a dicho principio.

Los límites al poder de reforma constitucional adquiere relevancia también por la postura de teoría del Derecho con la que se parte para su estudio. Desde una visión positivista normativista como la Kelsen, no habría límites materiales implícitos, en tanto que por corriente no positivistas, no toda reforma a la constitución podría entenderse como válida. Desde una concepción no positivista, no toda norma que pase por un procedimiento es

necesariamente válido, es decir, además de una validez formal necesaria, también se requiere una validez material.

En México, contrario a lo que sostiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sí existen límites materiales a la Constitución. Estos límites se conforman por el orden de valores que en primer lugar se estructuran por los Derechos Humanos, después por los principios básicos que estructuran la composición del Estado Mexicano como República, Representativa, Democrática, Federal, así como todo aquello que pueda considerarse como estructura básica de la Constitución, incluyendo la división de poderes, la supremacía constitucional, entre otras.

Tanto el juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, tiene con su diseño actual la posibilidad de ejercerse en contra de un procedimiento de reforma constitucional.

Si conforme la Constitución mexicana el poder revisor lo forman poderes constituidos, a través de la interpretación de la Constitución se puede desprender que la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional y garante de la Constitución, resuelva las impugnaciones al procedimiento; asimismo, si tiene la facultad para determinar los límites materiales del poder revisor, mantener el orden constitucional establecido por la soberanía del pueblo, los derechos fundamentales, el principio democrático, la división de poderes, de lo contrario, como ya se señaló, de poco serviría la proclamación de supremacía en la Constitución mexicana.

Bibliografía.

Ackerman, Bruce, *We The People: Foundations*, USA, Belknap-Harvard, 1993.

Aguiló Regla, Josep, *Sobre Derecho y Argumentación*, Lleonard Muntaner, Mallorca, 2008.

Alexander, Larry, Schauer Frederick, *On extrajudicial constitutional interpretation*, Harvard Law Review, Volume 110, May 1997, Number 7.

Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

_____, *Balancing, Constitutional review and representation*, I-Con, Vol. 3, Number 4, 2005.

_____, *On the Concept and the Nature of Law*, Ratio Juris. Vol. 21 No. 3 June, September, 2008.

_____, *The Dual Nature of Law*, Ratio Juris. Vol. 23 No. 2 June 2010.

_____, *Law, Morality, and the existence of Humane Rights*, Ratio Juris, Vol. 25 No 1, March, 2012.

_____, *Legal Certainty and Correctness*, Ratio Juris. Vol. 28 No. 4 December 2015.

Arreola Raymundo, "El surgimiento histórico del Poder Soberano", en Estrada Michel, Rafael, *La división del Poder Público*, Porrúa, México, 2007.

Artola, Miguel, *Constitucionalismo en la Historia*, Crítica, Barcelona, 2005.

Atienza, Manuel, Ruiz Manero, Juan, Sobre principios y reglas, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho,10, 1991.

Atienza, Manuel, Ferrajoli, L., Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho, México, UNAM, 2005.

Atienza, Manuel, Ruiz Manero, Juan, Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos. Ariel, 2da edición, 4ª impresión, Barcelona , 2007.

Bachof, Otto, ¿Normas Constitucionales inconstitucionales?, Palestra, Lima, 2008.

Barber, Sotirios A., On what the Constitution means, Johns Hopkins University Press, Maryland, 1986.

Barberis, Mauro, Ética para juristas, Trotta, Madrid, 2008.

Bayón, Juan Carlos, Razones y Reglas: sobre el concepto de “Razón excluyente” de Joseph Raz, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho,10, 1991.

Berman, Mitchell, Constitutional Interpretation: Non-Originalism, Philosophy Compass 6/6 (2011).

Bobbio, Norberto, Fundamento y futuro de la democracia, Edeval, Valpariso, 1986.

Bodin, Jean, On Sovereignty, Chapter I, Book 8, Edited by, Franklin, Julian H, Cambridge Texts in the History of Political Thought, 2012.

Brewer-Carías, Allan R., “A manera de Prólogo”, en Torres Estrada, Pedro R., Núñez Torres, Michael, La reforma constitucional. Sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado, Porrúa, México, 2010.

Bryce, James, *Studies in History and Jurisprudence, Volume I, Flexible and Rigid Constitutions*, Elibron Classics Series, 2005.

Bulygin, Eugenio, “Los Jueces ¿crean Derecho?”, en Malem, Jorge, Orozco, Jesús y Vázquez, Rodolfo (Comp.), *La función Judicial. Ética y Democracia*, Gedisa-ITAM, Barcelona, 2003.

Carbonell, Miguel, *Elementos de derecho Constitucional*, México Fontamara, 2ª reimpresión 2009.

Cárdenas Gracia, Jaime, “Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico”, en Torres Estrada, Pedro, *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, Limusa, México 2006.

Carré de Malber, R., *Teoría General del Estado*, FCE, México, Segunda edición, Segunda Reimpresión, 2001.

Cruz, Luis M., *Estudios sobre el Neoconstitucionalismo*, BPDPC-Porrúa, México, 2006.

De Cabo Martín, Carlos, *Sobre el Concepto de Ley*, Trotta, Madrid, 2000.

_____, Carlo, *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del Derecho*, Trotta, 2003.

De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 8va reimpresión de la segunda edición, 2001.

De Vega, Pedro, *La reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, 4ta reimpresión Técno, Madrid, 1999.

_____, Apuntes para una Historia de las Doctrinas Constitucionales del Siglo XX, en Carbonell, Miguel, Teoría de la Constitución. Ensayos Recogidos, 4ª edición, Porrúa-UNAM, México, 2008.

Díaz Revorio, Francisco Javier, Interpretación de la Constitución y Justicia Constitucional, Porrúa-IMDPC, México, 2009.

Dicey, Albert Venn, Introduction to the Study of The Law of the Constitution, Reprint, 8th edition, Liberty Fund, Inc., Indiana, 1992.

Dworkin, Ronald, The model of Rules, The University of Chicago Law Review, Volume 35, No. 1, 1967.

_____, Hard Cases, Harvard Law Review, Volume 88, No. 6, April 1975.

Elster, Jon, Don't burn your bridge before you come to it: Some Ambiguities and Complexities of Precommitment, Texas Law Review, Vol. 81, 2003.

Ferrajoli, Luigi, "Pasado y Futuro del Estado de Derecho", en Carbonell, Miguel (comp.), Neoconstitucionalismo(s), Madrid, Trotta, 2005.

Fioravanti Maurizio, Constitucionalismo, Experiencias históricas y tendencias actuales, Trotta, Madrid, 2014.

Friedlander, Matthew D., Adjudicating in the kingdom of ends: a constructivist response to the Hart/Dworkin Debate, University of Illinois Law Review, No. 4 Vol. 2011.

García de Enterreía, Eduardo, La constitución como norma y el tribunal constitucional, 4ª edición, Thomson-Civitas, Navarra, 2006.

Grau, Eros, Interpretación y aplicación del Derecho, Dykinson, Madrid, 2007.

Grimm Dieter, Constitucionalismo y Derechos Fundamentales, Trotta, Madrid, 2006.

Grossi, Paolo, Mitología Jurídica de la Modernidad, Trotta, Madrid, 2003.

Guastini, Ricardo, Estudios de teoría constitucional, Fontamara, México, 2003.

_____, Rigidez Constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento Italiano, Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, No. 30, 2000.

Häberle, Peter, El Estado constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, México 2003.

Hamilton, Alexander, Madison, James, Jay, John, El Federalista, Segunda Reimpresión de la Segunda Edición, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

Hart Ely, John, Democracy and Distrust Theory of Judicial Review, Harvard University Press, Cambridge, reprinted 1980.

Hart, H.L.A., Positivism and the separation of law and morals, Harvard Law Review, V. 71, No. 4, 1958.

Hauriou Maurice, Principios de Derecho Público y Constitucional, Comares, Granada, 2013.

Heller, Hermann, Teoría del Estado, FCE, México, 2ª edición 1998, 5ª reimpresión 2011.

Jellinek, Georg, "Constitutional Amendment and Constitutional Transformation", in, Jacobson, Arthur, Schlink, Bernhard, editors, Weimar a Jurisprudence of crisis, University of California Press, California, 2002.

Jen Yap, Po, The conundrum of unconstitutional constitutional amendments, Global Constitutionalism 4:1, 2015.

Kelsen, Hans, The pure theory of law and analytical jurisprudence, Harvard Law Review, Vol. 55, 1941.

_____, La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional), IIJ-UNAM, México, 2001.

_____, Teoría Pura del Derecho, traducción Roberto J. Vernengo, 15ª Edición, Porrúa, México, 2007.

Kumar, Virendra, Basic Structure of the Indian Constitution: Doctrine of Constitutionally Controlled Governance, in Journal of the Indian Law Institute, Vol. 49, No. 3, July-September 2007.

Levinson, Sanford, "Hoy many times has the United States Constitution Been Amended?, (a) $\neg < 26$; (b) 26; (c) 27; (d) > 27 : Accounting for Constitutional Change", in Levinson Sanford (editor), Responding to Imperfection, Theory and practice of constitutional amendment, Princeton University Press, New Jersey, 1995.

Leiter, Brian, The Radicalism of Legal Positivism. Guild Practitioner, 2010; U of Chicago, Public Law Working Paper No. 303.

_____, Legal Realisms, Old and New (February 5, 2013). Forthcoming in Valparaiso Law Review (2013) (2012 Segers Lecture in Jurisprudence).

Limbach, Jutta, The Concept of the Supremacy of the Constitution, Modern Law Review, V. 64, No 1, January 2001.

López Medina, Diego Eduardo, El derecho de los jueces, Colombia, Legis, 4^a rempresión de la 2^a edición, 2007.

López, Rogelio, Interpretación Constitucional de los Derecho Fundamentales: Nuevos paradigmas hermenéuticos y argumentativos, Porrúa, México, 2013.

Lucas Verdú, Pablo, La constitución abierta y sus enemigos, UCM, Madrid, 1993.

Lutz, Donald, S., Toward a Theory of Constitutional Amendment, in in Levinson Sanford (editor), Responding to Imperfection, Theory and practice of constitutional amendment, Princeton University Press, New Jersey, 1995.

MacCormick, Neil, Rhetoric and the Rule of Law: A theory of legal reasoning, Oxford, New York, 2005.

Mahlmann, Matthias, Human dignity and the culture of republicanism, in German Law Journal, Vol. 11, No. 01, 2010.

Marbury, William L., The limitations upon the amending power, Harvard Law Review, Dec. 1919, Vol. 33, issue 2.

Marmor, Andrei, Interpretation and Legal Theory, Revised Second Edition, Oxford, 2005.

Mazzarese, Tecla, Interpretación Literal: Juristas y Lingüistas Frente a Frente, Doxa, No. 23, 2000.

McIlwain, Charles Howard, Constitutionalism: Ancient and Modern, Indianapolis, Liberty Found Inc., Revised edition, 1947.

Mendonca, Daniel, Guibourg, Ricardo, La odisea constitucional, Marcial Pons, Madrid, 2004.

Montesquieu, Charles de Secondant, Baron de, The Spirit of the Laws, Edited by, Cohler, M. Anne, Miller, Basia, Stone, Harold, Cambridge University Press, 19th printing, first published 1989, New York, 2014.

Murphy, Walter, F., “Merlin’s Memory: The past and future imperfect of the once and future polity”, in Levinson Sanford (editor), Responding to Imperfection, Theory and practice of constitutional amendment, Princeton University Press, New Jersey, 1995.

Nieto, Alejandro, El arbitrio judicial, Ariel, Barcelona, 2000.

Nino, S. Carlos, Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica, 2 edición, Fontamara, México, 1995.

Nogueira Alcalá Humberto, “Poder Constituyente y Reforma Constitucional: Enfoque teórico y concreción práctica al caso chileno”, en Torres Estrada, Pedro R., Núñez Torres, Michael, La reforma constitucional. Sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado, Porrúa, México, 2010.

Núñez Torres, Michael, La capacidad legislativa del gobierno desde el concepto de Institución. El paradigma de Venezuela y España, Porrúa, México, 2006.

_____, Michael, "Nuevas Tendencias en el derecho constitucional del siglo XXI o el regreso de concepciones clásicas del Estado", en Torres Estrada, Pedro, Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho, Limusa Noriega, México 2006.

Paine, Thomas, Right of Man, Common Sense And Other Political Writings, Oxford, New York, Reissued 2008.

Pérez Luño, Antonio E., Los derechos fundamentales, 10ª edición, Madrid, Tecnos, 2011.

Pérez Tremps, Pablo, Escritos sobre justicia constitucional, Porrúa, México, 2005.

Recasens Siches, Luis, Tratado General de Filosofía del Derecho, Vigésimo primea edición, Porrúa, México.

Reed Amar, Akhil, "Popular Soverignty and Constitutional Amendment", in Levinson Sanford (editor), Responding to Imperfection, Theory and practice of constitutional amendment, Princeton University Press, New Jersey, 1995.

_____, Akhil, Intratextualism, Harvard Law Review, Vol. 112, 1999.

Roznai, Yaniv, Unconstitutional Constitutional Amendments. The migration and success of a Constitutional Idea, The American journal of comparative Law, Vol. 61, No. 3, 2013.

Rousseau, Jean Jacques, Basic Political Writings, Translated and edited by Donald A. Cress, Hackett Publishing Company, Indianapolis, 1987.

Rubio Llorente, Francisco, La jurisdicción Constitucional como forma de Creación de Derecho, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 8, Núm. 22, En-Abril 1988.

Sager, Lawrence G., *Justice in Plainclothes. A theory of American Constitutional Practice*, Yale University Press, New Heaven, 2004.

Schauer, Frederick, *Amending the presuppositions of a Constitution*, in Levinson Sanford (editor), *Responding to Imperfection, Theory and practice of constitutional amendment*, Princeton University Press, New Jersey, 1995.

Schmitt, Carl, *Constitutional Theory*, Duke University Press, 2008.

Schwabe, Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes*, Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009.

Schwartz Bernard, *A history of the Supreme Court*, Oxford, New York, 1993.

Sieyes, Emmanuel Joseph, *Political Writings*, Hackett Publishing, Indianapolis, 2003.

Stern Klaus, *Jurisdicción Constitucional y Legislador*, Dykinson, Madrid, 2009.

Strauss, David A., *The Living Constitution*, Oxford University Press, New York, 2010.

Stuart Mill, John, *On Liberty and other essays*, Oxford World Classics, Oxford University Press, 2008.

Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, Trigésima Séptima Edición, México, 2005.

Tribe, Laurence H., The curvature of Constitutional Space: What Lawyers can learn from Modern Physics, Harvard Law Review, volume 103, November 1989.

Troper Michael, Reflexiones en torno a la teoría kelseniana del Estado. Por una teoría jurídica del Estado. Madrid: Dykinson, 2001.

_____, Por una teoría jurídica del Estado, Prefacio, Madrid: Dykinson, 2001.

_____, “El poder judicial y la democracia”, en Malem Jorge, Orozco Jesús, et. Al., La función judicial. Ética y democracia, Gedisa, Barcelona, 2003 .

_____, La estructura del sistema jurídico y el nacimiento del Estado, Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad 4, 2013.

Tushnet, Mark, Constitutional Interpretation, character, and experience, Boston University Law Review, Vol. 72, 1992.

Ullah, Aman, Samee, Uzair, Basic Structure of Constitution: Impact of Kesavananda Bharati on Constitution Status of Fundamental Rights, A research Journal of South Asian Studies, Vol. 26, No. 2. July-December, 2011.

Vile, M.J.C., Constitutionalism and the separation of powers, Second Edition, Liberty Fund, Indianapolis, 1998.

Waldron, Jeremy, The harm in Hate Speech, Harvard University Press, 2012.

Weinrib Lorraine, “The postwar Paridgm and American Exceptionailism”, en Choudhry, Sujit, The Migration of Constitutional Ideas, Cambridge University Press, New York, 2006.

Wróblewski Jerzy, Sentido y hecho en el derecho, México, Fontamara, 2ª reimpresión, 2008.

Zagrebel'sky, Gustavo, Historia y Constitución, Mínima Trotta, Madrid, 2005.

____, El Derecho Dúctil, Séptima Edición, Madrid, 2007.

____, "La Constitución y su Normas", en Carbonell Miguel (Comp.), Teoría de la Constitución, Porrúa, México, 2008.